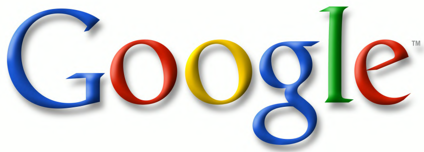
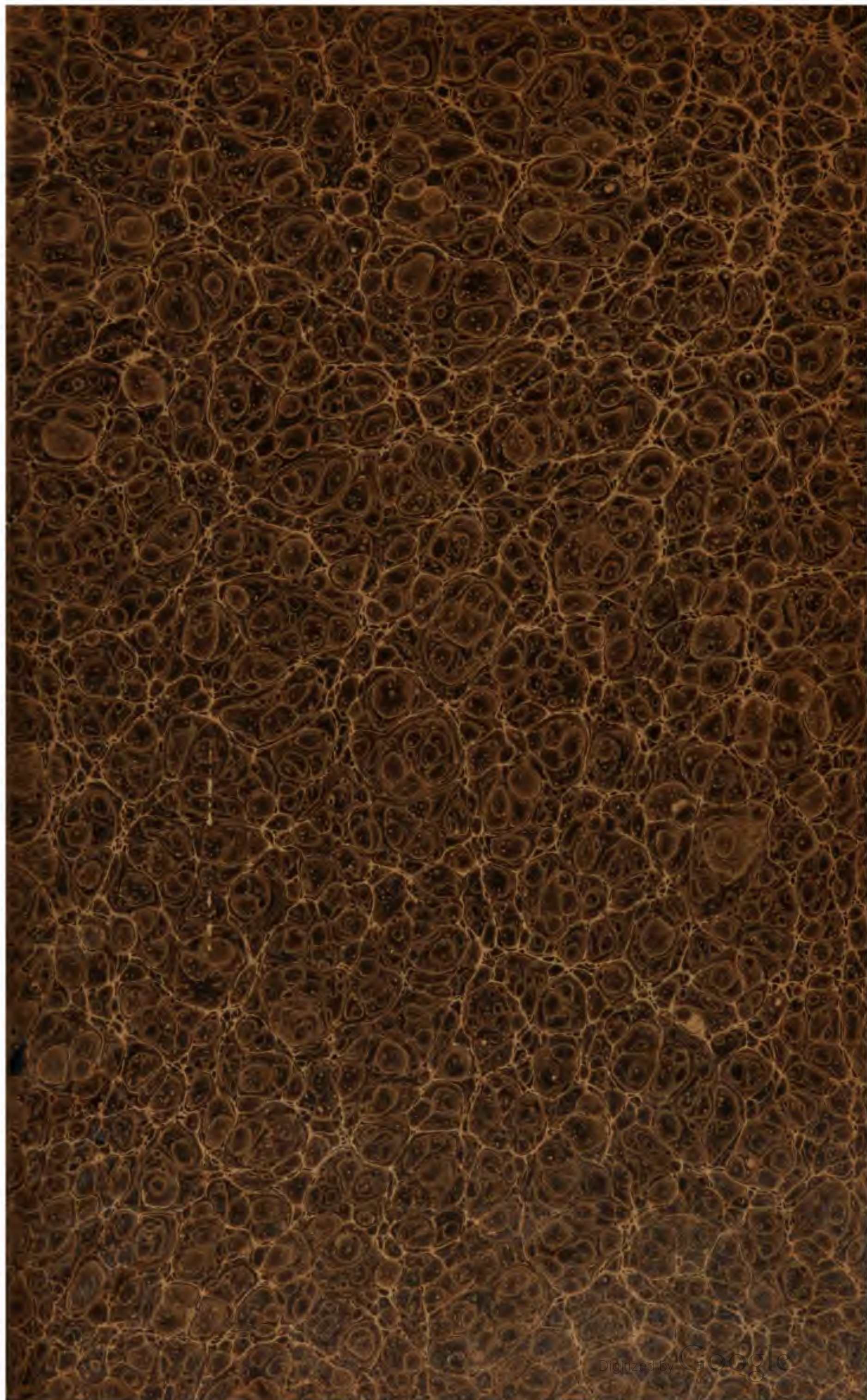




BIBLIOTECA JURIDICA

DE LA

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

(Seccion de Jurisprudencia.)

JURISPRUDENCIA CIVIL

LI

JURISPRUDENCIA CIVIL

COLECCION COMPLETA

DE LAS

SENTENCIAS DICTADAS

POR EL

TRIBUNAL SUPREMO

EN RECURSOS DE NULIDAD
CASACION CIVIL É INJUSTICIA NOTORIA
Y EN MATERIA DE COMPETENCIAS

desde la organizacion de aquellos en 1838 hasta el dia.

PUBLICADA POR LA DIRECCION
DE LA
REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

TOMO LI

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACION
Ronda de Atocha, número 15, centro.
1884

JUIRSPRUDENCIA CIVIL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

EN

RECURSOS Y COMPETENCIAS.

correspondientes al año 1885.

1ª

Recurso de casación (*4 de Enero de* 1883).—*Sala primera.* —PAGO DE LAUDEMIO.—Ha lugar al interpuesto por D. Ricardo Coll con D. Nicasio Pérez Lopez (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1º *Que si resulta de documentos y actos auténticos, que una casa pertenece á una fundación, pues consta de las inscripciones de dicha fundación en Contaduría de Hipotecas y en el Registro de la propiedad y de la escritura de redención de una de las pensiones hecha por el cabezalero de las mismas, que sobre la referida casa y otras ha pesado á prorrata hasta su redención la carga de laudemio consistente en la décima parte del precio de venta; la sentencia que lo desconoce incurre en el error de derecho señalado en el núm. 7º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.*

En la villa y Corte de Madrid, á 4 de Enero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del Ferrol y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. Ricardo Coll Leiro, vecino de dicha ciudad del Ferrol, Capellán de la Armada, con D. Nicasio Pérez López, comerciante, de la propia vecindad, sobre pago de laudemio; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infrección de ley, interpuesto á nombre de D. Ricardo Coll por el Procurador D. Ignacio de Santiago, bajo la dirección del Licenciado Don Aureliano Linares Rivas; habiendo representado y defendido al Pérez y López el Procurador D. José María Aguirre y el Doctor D. Germán Gamazo:

Resultando que D. Alfonso Arias Andrade, Cura y Rector propio de San Julián del Ferrol, por su testamedto otorgado en 12 de Diciembre de 1700, fundó una capellanía colativa con la advocación de San Ildefonso en unas colaterales de la iglesia de San Julián de Narón, con algunas misas de aniversario perpetuas al año, á cuyo fin y para que á título de ella pudieran ordenarse para sacerdotes las personas que presentase el patrono, desde luego eligió á su sobrino Rosendo Alvarez, agregó al efecto, entre otros bienes, la casa en que vivía, con sus bodegas, árboles, aira y viña de parra, cerrado y circundado de sobre sí,

perteneciente en propiedad al Cabildo de Mondoñedo, y lo aforó por pensión en cada un año de 12 rs.; los 3 á los herederos de Bartolomé de Lago y sus herederos mientras les durase un fuero, y los 9 á dicho Cabildo; cuya casa la había hecho y edificado á su propia costa:

Resultando que por escritura otorgada en 9 de Enero de 1756 Don Cristóbal Martínz, Capellán de la colativa de San Julián, inclusa en la parroquial de San Julián de Narón, con licencia que se le concedió en 3 de Noviembre de 1755 previa la instrucción del oportuno expediente de necesidad y utilidad, dió en foro á D. Miguel Arrón y Vidal y á su mujer Doña María Francisca Rodriguez, como mejor postor en el remate celebrado en renta, canon y pensión anual de 30 ducados, y además para el Cabildo de Mondoñedo 400 maravedises, una casa de alto y bajo, sita á la inmediación del Campo de San Roque, del Ferrol. y una pieza de huerta pegada á ella, sembradura tres ferrados, que confinaban por la parte de arriba, así la casa como la huerta en el citado campo, calle en medio; por la parte de abajo, que hacía á la Marina, en hacienda de D. Antonio Milla, y por vendabal con huerta del convento de San Francisco, y estableció como condiciones que no se podría partir ni dividir entre los herederos, vender, ni trocar, ni enajenar á persona alguna; y si sucediera por algún contrayente celebrarse alguna venta del derecho útil de dicha casa y huerta, tanto por el recipiente, cuanto por su mujer y herederos, había de ser visto, noticiarlo primero al aforante ó al Capellán que al tiempo fuese de la expresada capellanía, para que si quisiera tomarla por el tanto lo pudiera hacer, y en defecto percicir la décima parte de la cantidad en que se vendiese por razón de laudemio, y la tal venta ó ventas habrían de otorgarse con la precisa obligación de satisfacer anualmente dicho canon y pensión de los 30 ducados: que sobre la expresada casa y huerta no pudiese imponerse censo ni obra pía, memoria, vínculo ó fundación, para que siempre estuviesen libres y exentos de otro algún gravamen, excepto las pensiones que iban estipuladas:

Resultando que en 6 de Junio de 1853 se tomó razón en la Contaduría de Hipotecas, consignándose que según manifestación verbal de la parte interesada, esta fundación comprendía la casa núms. 1 y 2 de la calle de San Francisco, que poseía D. Manuel Ciarán, y también las dos siguientes de otros dueños:

Resultando que en 20 de Diciembre de 1879 D. Ricardo Coll y Leiro dedujo demanda, en la que expuso que por escritura pública, otorgada en la ciudad del Ferrol en 1° de Abril de 1879, D. Andrés Suárez Martínez, como apoderado de D. Leopoldo Jordanes, y éste en calidad de curador de sus hermanos D. Manuel y D. Luis, vendieron, previa autorización judicial y remate público con los requerimientos legales del caso, á D. Nicasio Pérez, en precio de 45.470 pesetas, la casa número 1, calle de San Francisco, de dicha población: que afectaban á dicha finca como cargas reales procedentes de foro la pensión anual de 25 pesetas, parte alícuota de mayor cantidad que pagaba todo el foral de que formaba parte, y caso de venta de laudemio, de la décima del precio en que aquella se realizase: que los menores D. Manuel y D. Luis Jordanes fueran dueños de la expresada casa por sucesión hereditaria de Doña Manuela Ciarán de Llanos, quien la recibiera en sus días por igual título de D. Manuel Ciarán, que la compró por escritura pública de 21 de Octubre de 1836, en precio de 32.000 rs., á Don Antonio Cabezón, que la vendió con autorización judicial, en repre-

sentacion de sus hijos menores, y á D. Nicolás Gómez, como apoderado de D. Ramón Almirante, expresando pagaba la pensión de 100 reales anuales á la capilla de San Ildefonso de Narón: que esta capellanía colativa fuera establecida en la parroquial de San Julián de Narón, con carga de algunas misas, y sirviese de título para la ordenación á los que presentasen al efecto los patronos por el Licenciado D. Andrés Arias y Andrade, Cura de la villa de Ferrol, en su testamento de 12 de Diciembre de 1700, y entre las fincas que destinara á la fundación estaba la casa en que vivía, con todas sus dependencias, era, parra y huertas; y al presentar este testamento á inscripción en la antigua Contaduría de Hipotecas en 6 de Junio de 1853 se hizo constar por manifestación verbal, del que exhibió la fundación en aquella oficina, que tal finca la componían ya entonces las casas números 1 al 4 de la meritada calle de San Francisco: que en 9 de Enero de 1856 D. Cristóbal Martínez, como Capellán de la indicada capellanía, por escritura pública aforó, con licencia de su Ordinario, en licitación pública, previo expediente de utilidad, al mejor postor D. Miguel Arrón y Vidal una casa con su alto y bajo, sita en la inmediación del Campo de San Roque, extramuros de dicha villa, y una huerta pegada, de tres ferrados de centeno en sembradura poco más ó menos, según confinaban, por la parte de arriba con el citado campo, calle en medio; por la parte de abajo con hacienda de D. Antonio Mella y Pazos, y por vendabal en huerta del convento de San Francisco, condicionándose en dicho foro el pago de 30 ducados de vellón, puestos en la casa habitación del aforante ó del Capellán que le sucediese, sin pleito ni figura de juicio, ni descuento alguno, y si éste celebrase alguna venta, había de notificarse primero al Capellán por si quisiere tomarla por el tanto; y en defecto, percibir la décima parte de la cantidad en que se vendiese por razón del laudemio: que esta casa y huerta aforadas, que eran las mismas á que aludía el testamento fundación de 12 de Diciembre de 1700, vinieron á convertirse en las casas números 1, 2, 3 y 4 de la calle de San Francisco, y así se inscribieron, sobre las cuales se distribuyó la pensión foral de los 30 ducados, ó sean 330 rs., en la forma siguiente: la núm. 1 con 100 rs., la 2 con 80, la 3 con 98 y 36 maravedíses y la 4 con 51 rs. 64 maravedises, correspondiendo al llevador de la núm. 1, en calidad de mayor pagador, el cargo de cabezalero, que siempre vino ejerciendo sin contradicción, recaudando la pensión para entregarla íntegra al Capellán preceptor, que lo era en la actualidad el demandante, por nombramiento y adjudicación á su favor hecha por el provisorato de Mondoñedo, previos los requisitos legales, en sentencia de 15 de Octubre de 1853; que realizada la venta expresada, exigió el Capellán al comprador D. Nicasio Pérez el pago del laudemio constituído por la escritura foral; y como fué atendido, se lo reclamó en el acto de conciliacion, que tuvo lugar sin resultado, y después de alegar las consideraciones legales que tuvo por conveniente, pidió que previa declaración de que la citada casa núm. 1 de la calle de San Francisco correspondía al foral de que dejaba hecho mérito, se condenase al Don Nicasio Pérez López á que por razón de laudemio ocasionado por el contrato de compra, y como poseedor de la insinuada casa, pagase á D. Ricardo Coll Leiro, como actual Capellán de la capellanía colativa de San Ildefonso, erecta en la iglesia parroquial de San Julián de Narón, ó á quien lo representase legítimamente, la cantidad de 4.547 pesetas, décima parte de 45.470 pesetas en que realizó la compra, y en las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Nicasio Pérez, al contestarla alegó que era cierto adquirió el dominio pleno de una casa en la ciudad del Ferrol, calle de San Francisco, núm. 1, por compra en remate público judicial y precio de 45.470 pesetas, otorgándose la escritura en 1º de Abril de 1879 por D. Andrés Suárez Martínez, como apoderado de D. Leopoldo Jordanes, por sí y en calidad de curador de sus hermanos D. Manuel y D. Luis: que contra dicha casa existía una pensión de 25 pesetas anuales, pero no procedía de foro, ó la venta al laudemio de la décima parte ni aun de la cincuentena que pagan hoy los foros en los casos que deba hacerse, pues de la escritura de venta ni de la historia y suceción de la casa de que se trata se deduce la más ligera presunción que el tributo que sobre ella pesa tenga aquel origen foral, por no hacerse mención en ninguno de los títulos traslativos de su dominio ni constar se pagase antes laudemio: que si bien era cierto que la casa litigiosa estaba sujeta á la pensión de 100 reales anuales á la capilla dicha, también lo era que en la venta de 28 de Octubre de 1836 no se dice que al otorgarse la escritura se reclamase ni pagase después laudemio, lo demostraba que aquel tributo no tenía origen foral: que según los documentos que pudiera adquirir, estaba muy lejos de ser la casa en cuestión la que comprendía la escritura de foro por no haber identidad alguna ni concordar los linderos y cabidas respectivamente; haciendo lo propio respecto á que la casa de la calle de San Francisco, núm. 1, sea la que se describe en la escritura de constitución del foro, porque además de las razones emitidas existían otras tres casas más en el propio lugar y contiguas, pudiendo pesar lo mismo sobre la núm. 1 que de las conocidas con los 2, 3 y 4, toda vez que los linderos y cabida no se correspondían á los que tienen la primera y ocupaban las cuatro un radio mucho mayor de tres ferrados, que se señalan en la citada escritura, y alguna de ellas hasta esa misma cabida, siendo inexacto que sobre la del núm. 1 figuren 30 ducados de pensión: que de los términos de la escritura foral se deducía que el laudemio no se pactara en este foro como condición necesaria ó consiguiente al reconocimiento del dominio útil: que pudiera el aforante ó Capellanes que le sucedieran hacer reclamación algună al comprador por no condicionarse nada en tal sentído al estipularse el laudemio, y sólo se impusiera en este concepto el pago de la décima del precio de las ventas que hiciesen el recipiente del foro, su mujer y herederos al aforante ó Capellán, sin hacer extensiva esta obligación al comprador, debiendo entenderse lo mismo respecto á los sucesivos vendedores, lo que estaba aun más demostrado en la última parte de la cláusula, en que no se impone al comprador otra obligación que la de pagar la pensión anual de los 30 ducados, debiendo por lo tanto el demandante dirigir su acción contra el vendedor y no contra quien lo hace; pues á la escritura de foro no es dable otra extensión de la que tenía, y después de alegar las conclusiones legales que vió interesarle, pidió se declarase en definitiva que la demanda era improcedente; y en todo caso se declarase la nulidad de la inscripción y cancelación de la arbitraria manifestación hecha por el demandante en el Registro de la designación de la casa comprendida en la escritura de foro; absolviéndole por lo tanto de la demanda con las costas á su autor:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por las partes, y seguido el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por sentencia de 29 de Mayo último, confirmatoria sustancialmente de la del Juez, absolvió de la de-

manda propuesta por D. Ricardo Coll y Leiro á D. Nicasio Pérez y López, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que por parte de D. Ricardo Coll se interpuso recurso de casación alegando como motivos;

1° El caso 1° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que no pueden darse disposiciones más contrarias que las contenidas en la sentencia, mientras que en un considerando se sostiene que D. Nicasio Pérez no ha contraído al adquirir la casa sujeta á laudemío más obligaciones que las pactadas en la escritura de venta, y no encontrándose entre ellas el pago de laudemio, no podía estrecharle judicialmente á su satisfacción; en otro se reconoce valor y fuerza de obligar á terceros á la inscripción del Registro de Hipotecas, de la cual constaba que la casa que ha adquirido el demandado procedía de foro y estaba afecta á pago de laudemio: que estas disposiciones son inconciliables; si la inscripción vale y obliga á tercero, D. Nicasio Pérez resulta obligado y destruídas las afirmaciones capitales del fallo: si, por el contrario, Don Nicasio Pérez no ha contraído otras obligaciones que las personas es de la escritura de venta, entonces la inscripción ningún valor legal debería tener:

2° El caso 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina legal cuando en la apreciación de làs pruebas haya habido error de derecho ó error de hecho, si éste último resulta de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador: que la sentencia recurrida no atribuye la casa núm. 1 de la calle de San Francisco de Ferrol al foro de 9 de Enero de 1756, lo cual constituye un error de hecho en la apreciación de las pruebas; pues la casa en cuestión debe atribuirse al foro de 9 de Enero: primero, porque así consta de un documento auténtico, cual es la inscripción en el Registro de Hipotecas: segundo, por la declaración auténtica de Don Manuel Ciarán al redimir del Estado una pensión de 400 maravedises que las fincas del foro de 9 de Enero pagaban al Deán y Cabildo de Mondoñedo:

3° Que la sentencia recurrida, á la vez que incurre en estos motivos de casación, infringe la doctrina legal consignada en sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1881, por la cual, «constituído legítimamente un censo, los contratos que después tengan lugar por terceras personas no pueden aumentar, ni disminuir los derechos del dueño del dominio directo:»

4° La doctrina legal expuesta en varias sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, en la de 30 de Noviembre de 1857, que dispone «que si una finca es vendida libre de todo gravámen y aparece que está afecta á un censo, puede el comprador negarse á reconocerlo, dimitiendo la finca y reclamando el precio:» que la parte contraria compró como libre una finca que resultó probado estaba afecta al foro de 9 de Enero; y aun cuando ni dimitió la finca ni reclamó el precio, la sentencia le otorga derecho á negar el foro, en atención á que el demandante adquirió la finca como libre:

5° La doctrina legal sostenida sin contradicción por este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Junio de 1865, donde se reconoce que «constituído legítimamente un foro, la obligación que contrae el tomador de las fincas, dadas en esta calidad, recae en el que las recibe:»

6° La ley 29, tít. 8°, Partida 5ª, que expresamente reconoce en fa-

vor del dueño del directo de fincas acensuadas el derecho de luismo; pues que está probado que la casa núm. 1 de la calle de San Francisco pertenece al foro de 9 de Enero, ya por la carta foral, ya por el hecho de haberlo satisfecho anteriores poseedores, que la citada casa está sujeta á laudemio:

7º El principio moral y de jurisprudencia «nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro,» en cuanto para absolver del pago de laudemio á D. Nicasio Pérez se perjudica á D. Ricardo Coll:

8º La regla de sana crítica, aplicada por los tratadistas de derecho y por este Tribunal Supremo á la interpretación jurídica, que dice: «cuando una cláusula es susceptible de dos ó más sentidos, debe entenderse en el más conforme á la razón y á la verdad; pues interpretando la sentencia que por no haberse mencionado en la carta foral más que el recipiente, su mujer y herederos, D. Nicasio Pérez no puede considerarse obligado á cargas que no pactó, é interpretando la palabra *heredero* en la escritura de foro en sentido rigurosamente estricto, no sólo se infringe la citada regla de sana crítica, porque se aparta de la realidad de las cosas la interpretación, sino que también se infringe:

9º La doctrina sentada por este Tribunal Supremo en materia de interpretación, muy especialmente en sentencia de 25 de Febrero de 1835, según la cual las reglas de interpretación deben reunir las soluciones que den por resultado el que las estipulaciones no puedan cumplirse, siendo evidente que con el criterio de la sentencia recurrida se hace imposible el cumplimiento de lo pactado en el foro de 9 de Enero:

10. La más fundamental é indispensable de las reglas de interpretación jurídica, en lo que se refiere á que las leyes y contratos han de interpretarse, no por palabras ó conceptos aislados, sino por el contexto íntegro de todas sus partes:

11. El precepto constitucional y axioma jurídico en todos los pueblos civilizados «nadie puede ser privado de su propiedad y de su derecho sino por justa causa y autoridad competente:»

12. La doctrina legal expuesta en la sentencia de este Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1862, en donde se expone que «no puede apoyarse el criterio legal para la interpretación de una obligación en el perjuicio ó beneficio que haya de resultar á una de las partes, sino en las razones que haya para interpretarlo rectamente; pues la circunstancia de perjudicar ó favorecer á una de las partes es base tan deleznable, que no puede servir de fundamento para una recta interpretación:»

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que según se alega en el segundo motivo del recurso, con relación á lo dispuesto en el núm 7º, art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, la sentencia incurre en error de hecho, que resulta de documentos y actos auténticos, porque no reconoce que la casa núm. 1 de la calle de San Francisco de Ferrol pertenezca á la fundación de 9 de Enero de 1756, siendo así que consta de las inscripciones de dicha fundación en Contadurías de Hipotecas y en el Registro de la propiedad y en la escritura de redención de una de las pensiones hecha por el cabezalero de las mismas, que sobre la referida casa y las señaladas con los números 2, 3 y 4 en que está convertida la finca aforada, ha pesado á prorrata hasta su redención la de 400 maravedís para el Deán y Ca-

bildo de Mondoñedo, y siguen pesando la también prorrateada de 300 ducados á favor de la capellanía erigida en San Julián de Narón, y la carga de laudemio consistente en la décima parte del precio de la venta:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Ricardo Coll contra la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en 29 de Mayo último: en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia: devuélvase al recurrente el depósito que constituyó.—(Sentencia publicada el 4 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto del mismo año.)

2

Recurso de casación en asunto de Ultramar (*4 de Enero de 1883*).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Magdalena y Doña Emilia Artola con D. Enrique Martín y la Sociedad *Artola y compañía* (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que son inaplicables y no han podido ser infringidas las leyes 1ª, tít. 11, y 10, tít. 13, Partida 5ª, si la acción ejercitada es la real de dominio y no la personal de cumplimiento de una promisión formal y obligatoria, y no se trata tampoco del valor de una segunda hipoteca constituida por un acto espontáneo del dueño del inmueble gravado con la primera, sino de un embargo llevado á efecto de mandato judicial á instancia de legítimo acreedor en finca anteriormente gravada á favor de distinta persona;*

Y 2° Que si son hechos probados á juicio de la Sala sentenciadora, contra cuya apreciación de las pruebas suministradas por una y otra parte no se cita infracción alguna de ley ó de doctrina, que las escrituras en que se funda la demanda fueron combinadas entre la tercerista y el ejecutado. para que reducido éste á la condición de insolvente, quedasen defraudados los derechos que perseguía el ejecutante; en tales circunstancias, la ley 7ª, tít. 15, Partida 5ª, y la jurisprudencia á su tenor establecida por el Tribunal Supremo, condenan é invalidan la cesión de las fincas embargadas en que la demanda se funda.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad por Doña Dolores Fernández Trevejos, hoy sus hijas y herederas Doña Magdalena y Doña Emilia Artola, representadas por el Procurador Don Antonio Bendicho, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Silvela, con D. Enrique Martín y la Sociedad *Artola y compañía*, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de dominio:

Resultando que en escritura de 7 de Agosto de 1876 D. José Francisco Artola confesó ser en deber á su madre Doña Dolores Fernandez Trevejos de Artola 13.000 pesos oro, por pagarés vencidos, y teniéndolos realmente en su poder, se obligó á devolverlos en el término de tres meses, con el interés de 1 y cuartillo por 100 mensual, hipotecando como garantía de dicho crédito la parte ó dominio que le corresponda en la casa Calzada del Monte, núm. 69, libre de toda carga, según se acredita por la certificación que á continuación de la es-

critura aparece; advirtiendo corresponder en dicha finca, no la tercera parte, sino la suma de 13.717 pesos sobre su valor: que se comprometía á no vender ni gravar en más, siendo potestativo en la acreedora tomar con pacto de retro dicha parte de casa en pago de su crédito, sin otro requisito que satisfacer los derechos á la Hacienda por cuenta del deudor, y pudiendo igualmente percibir mientras esto no hiciera los productos que correspondieran al deudor en pago del interés estipulado:

Resultando que despachada ejecución á instancia de D. Enrique J. Martín contra los Sres. Artola y compañía para pago de 30.198 pesos, se embargó á D. José Francisco Artola la parte que le correspondía de la casa Calzada del Monte, núm. 69, habiéndose anotado el embargo en la Contaduría de Hipotecas en 9 de Setiembre de 1876:

Resultando que por escritura de 25 de Agosto de 1877, no habiendo satisfecho D. José Francisco Artola á su madre Doña Dolores Fernández el crédito antes referido, y careciendo de metálico para ello, consignó en pago del mismo la participación de la referida casa, que vendía realmente á su madre y acreedora en precio de 13.000 pesos en oro, que dejaba en su poder por tenerlos ya recibidos, quedando cancelado el crédito:

Resultando que continuado el juicio ejecutivo promovido por Martín, y señalado día para el remate de la parte de casa embargada, con presentación de las dos escrituras mencionadas, dedujo Doña Dolores Fernández Trevejos en 5 de Agosto de 1878 demanda de tercería de dominio de la citada parte de casa, de la cual dijo era acreedora hipotecaria desde 7 de Agosto de 1876 y dueña desde 25 de Agosto de 1877, como lo justificaban dichos documentos, y tenía derecho para excluir de ella al acreedor, pidiendo, por tanto, que se declarara así con suspensión del remate:

Resultando que la Sociedad Mora, Martínez y compañía impugnó la demanda, alegando como hechos: que Doña Dolores Fernández, madre y socia comanditaria de D. José Francisco Artola, celebró con este el contrato de Agosto de 1876 cuando ya la Sociedad reclamaba á la de Artola y compañía el pago de su crédito, y la de 25 de Agosto de 1877 cuando ya se había embargado la parte de casa y tomado razón del embargo en el Registro de Hipotecas: que para explicar esa enajenación habían tenido necesidad los contratantes de suponer un préstamo que se decía verificado en Setiembre de 1875, siendo así que la Sociedad que ambos formaron se constituyó en 3 de Marzo de 1876: que por la enajenación hecha quedaba D. José Francisco Artola en estado de insolvencia; y que dicha venta se había hecho sin intervención judicial; y como fundamentos de derecho, que siendo las dos escrituras mencionadas simuladas, eran nulas: que es doctrina de este Tribunal Supremo, que no procede la suspensión del procedimiento de apremio cuando los bienes se hallen legalmente afectos á la obligación que se intenta hacer efectiva por el ejecutante, cualquiera que sea su poseedor, y que los bienes embargados judicialmente no podían ser enajenados por su dueño durante el embargo, á no hacer la venta con intervención judicial:

Resultando que el ejecutado D. José Francisco Artola coadyuvó la demanda, fundado en las mismas consideraciones expuestas por la demandante, á las que añadió que el crédito de la Sociedad ejecutante era ilegítimo é incierto, y que la sentencia de remate no estaba consenti-

da; pues aunque el Juzgado le dió tal carácter, estaba pendiente un recurso de queja que había de decidir aquel punto:
Resultando que la demandante al replicar adicionó los hechos de la demanda, consignando que el intestado de su marido se había adjudicado la casa Calzada del Monte, núm. 69, reconociendo como condueños á sus hijos D. José Francisco y Doña Emilia Artola, á cada uno por la suma de 13.717 pesos oro: que por lo mismo nunca perteneció á D. José Francisco la tercera parte de dicha casa: que al saber se extinguía una Sociedad que acababa de establecerse, se prestó á entrar como socio comanditario, aportando 3.000 pesos en billetes, pero que jamás tuvo noticia de los negocios de su hijo, y por consiguiente, si adeudaba algo á la Sociedad Mora, Martín y compañía:
Resultando que suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 27 de Julio de 1881 sentencia confirmatoria, declarando sin lugar la demanda de tercería deducida por Doña Dolores Fernández Trevejos, con imposición de todas las costas:
Resultando que sus hijas y herederas Doña Magdalena y Doña Emilia Artola interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:
1° La ley 1ª, tít. 11, Partida 5ª, con arreglo á la que la cosa ó el hecho prometido debe cumplirse; y la 10, tít. 13 de la misma Partida, que da derecho al acreedor para que no pueda ser hipotecada nuevamente la finca que á él se le hipotecó; por cuanto la sentencia recurrida declara válido el embargo realizado en los autos ejecutivos, á pesar de contener la escritura hipotecaria una solemne promesa de venta y de haberse embargado al ejecutado la tercera parte de la casa la Calzada del Monte, núm. 69, siendo así que no tenía parte determinada en el condominio de la misma, cuya parte la tenía hipotecada anteriormente á favor de su madre Doña Dolores Fernández:
2° El art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que los documentos públicos cotejados con citación contraria tienen en juicio la eficacia de plena probanza, así como la ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª, y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1860, que declara se infringe dicha ley por la sentencia absolutoria cuando el actor prueba su intención con documentos fehacientes; en el hecho de haber desestimado la demanda desconociendo la fuerza probatoria de las escrituras de 7 de Agosto de 1876 y 25 de Agosto de 1877, presentadas en autos y en que se fundaba el derecho de la demandante;
Y 3° La ley 7ª, tít. 15, Partida 5ª, citada por la sentencia recurrida, presumiendo que la venta hecha por Artola á su madre fué con intención de defraudar á un legítimo acreedor, puesto que dicha ley exige para que pueda haber presunción de fraude que el deudor que enajena sus bienes haya sido condenado en juicio á pagar anteriormente, requisito imprescindible que no se cumplía en este caso:
Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:
Considerando que son inaplicables y no han podido ser infringidas las leyes 1ª, tít. 11, y 10, tít. 13, Partida 5ª, puesto que la acción ejercitada es la real de dominio y no la personal de cumplimiento de una promisión formal y obligatoria, y no se trata tampoco del valor de una segunda hipoteca constituída por un acto espontáneo del dueño del inmueble gravado con la primera, sino de un embargo llevado á efecto de mandato judicial á instancia del legítimo acreedor en finca anteriormente gravada á favor de distinta persona:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los motivos 2° y 3°, porque antes de 25 de Agosto de 1877 había sido embargada la participación de D. José Francisco Artola en la casa núm. 69 de la Calzada del Monte, y no pudo disponer válidamente de ella sin intervención judicial, en perjuicio de los derechos é intereses que con aquella diligencia se pretendió asegurar; y son además hechos probados á juicio de la Sala sentenciadora, contra cuya apreciación de las pruebas suministrados por una y otra parte no se cita infracción alguna de ley ó de doctrina, que las escrituras en que se funda la demanda fueron conbinadas entre la tercerista y el ejecutado, para que reducido éste á la condicion de insolvente, quedasen defraudados, los derechos que perseguía el ejecutante; y en tales circunstancias la ley 7ª, tít. 15, Partida 5ª, y la jurisprudencia á su tenor establecida por este Tribunal Supremo, condenan é invalidan la cesión de 1867, en que la demanda se funda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Magdalena y Doña Emila Artola, á quienes condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito que han constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 4 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto del mismo año.)

3ª

Recurso de casación (5 *de Enero de* 1883.—*Sala primera.*—REVOCACIÓN DE UNA DONACIÓN.—No ha lugar al interpuesto por Don Francisco Vallvé y Ballester con D. José Vallvé (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que en cuestiones de hecho debe estarse á la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora, siempre que no se alegue y justifique haber incurrido en error de derecho ó en error de hecho comprobado con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador*:

2° *Que el apuntamiento no está comprendido en los documentos ó actos auténticos á que se refiere el caso 7° del art.* 16 *de la ley de Enjuiciamiento civil, porque siendo el extracto del mismo pleito cuyo resultado aprecia la Sala sentenciadora para formar juicio, no sirve ni puede invocarse para demostrar que ha habido error de hecho en la apreciación de las pruebas*;

3° *Que si según la apreciación de la Sala sentenciadora, el actor no ha probado, cual le incumbía, la ingratitud del donatario, ni que éste hubiera faltado al cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas, en cuya causa se funda aquél para pedir la revocación ó rescisión de las donaciones de que se trata; debiendo estarse á dicha apreciación, porque no ha sido impugnada en la forma legal antes indicada, la sentenencia que en su virtud absuelve de la demanda, no infringe las leyes* 3ª, *Digesto* de donationibus; 4ª de donationibus que sub modo, *y* 6ª *y* 16, *tít.* 4°, *Partida* 5ª, *citadas bajo el supuesto inadmisible de ser ciertas las causas alegadas.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de las Afueras

de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad por D. Miguel Vallvé y Gatell, y por su fallecimiento sus hijos D. Miguel y D. Francisco Vallvé y Ballester, y en nombre de éste, único que ha comparecido en este Supremo Tribunal, el Procurador Don Francisco Muñoz Zapata, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Roger, con D. José Vallvé y Ballester, representado por el Procurador D. José Arana, dirigido por el Licenciado D. Modesto Llorens, sobre revocación de una donación:

Resultando que con motivo del matrimonio realizado por D. José Vallvé y Ballester con María Janer se otorgó escritura en 20 de Marzo de 1858, por la que los consortes Miguel Vallvé y María Ballester hicieron á su hijo para después de su muerte heredamiento ó donación universal de todos sus bienes, con reserva del usufructo, del cual prometieron pagar las cargas corrientes del patrimonio y alimentar y asistir en su casa y compañía á los futuros consortes y familia, reservándose tambien para dotar á los demás hijos y testar y disponer libremente D. Miguel Vallvé 192.000 rs. y Doña María Ballester 53.333 reales con 34 céntimos, con más entre ambos una casa y una tierra; y en caso de morir el donatario sin hijos, ó con tales que no llegasen á edad de poder testar, solamente podría disponer de 900 libras por derechos paternos y 300 por los maternos, debiendo restituir los demás á los donantes ó á su legítimo sucesor:

Resultando que los mencionados consortes D. Miguel Vallvé y Doña María Ballester, en atención á que tenían que satisfacer algunas obligaciones que gravitaban sobre su patrimonio, del que eran usufructuarios, y su hijo José propietario, á fin de evitar las disensiones que podrían sobrevenir, hicieron donación respectivamente á su citado hijo, por escritura de 25 de Octubre de 1863, de las cantidades á que ascendía la reserva que para dotar á su demás familia, y testar y disponer libremente se hicieron en la escritura anterior, traspasándole también el usufructo y administración de los bienes que comprendía la donación hecha en la misma, los cuales designaron con expresión de las cargas é hipotecas que los gravaban; pudiendo disponer libremente de ellos mientras tuviesen hijos, y dejando de tenerlos, únicamente de 900 libras por derechos paternos y 300 por maternos; obligándose Don José Vallvé á pagar todos los gravámenes, contribuciones y deudas que afectasen á los bienes contraídos por unos y otros, y prometiendo entregar á sus padres por alimentos 8 rs. diarios, y si muriese uno de ellos 6 al sobreviviente, hipotecando al cumplimiento de esta obligación una pieza de tierra; debiendo D. Miguel Vallvé, en caso de fallecimiento de su mujer, ser cuidado por una persona de su confianza, cuyo salario satisfaría su hijo; quedando subsistente la reserva de las dos fincas que hicieron los donantes en la escritura anterior, y estableciendo otras condiciones que no son del caso:

Resultando que en 27 de Noviembre de 1877 D. Miguel Vallvé y Gatell dedujo la demanda objeto de estos autos para que se declarase revocada la donación otorgada á favor de su hijo José en los capítulos matrimoniales, y nula y de ningún valor ni efecto la hecha en 15 de Octubre de 1863, y en otro caso también revocado, y de todos modos ambos sin eficacia legal, condenándole á que dimitiera á su favor los bienes y derechos que poseyera de procedencia de dichas donaciones, alegando en su apoyo, después de hacer méritos de las referidas escrituras, que José Vallvé había mostrado para con sus padres una ingra-

titud manifiesta, ofendiendo gravemente al demandante con injurias que afectaban á su honra, y calumnias que podrían comprometer su reposo, amenazándole, poniéndole las manos en su persona, y mostrándole hostilidad, negándose á satisfacer la pensión convenida, para cuyo pago había sido demandado judicialmente diferentes veces:

Resultando que D. José Vallvé y Ballester impugnó la demanda, alegando que poseyendo el demandante los bienes de su padre, los gravó con diferentes obligaciones, resultado de los excesivos gastos que hacía y de los pleitos que tenía que sostener contra sus acreedores: que no sabiendo adónde acudir, hizo á su hijo donación de los bienes reservados en los capítulos matrimoniales, á fin de que asumiese la obligación de satisfacer las deudas, para lo cual había tenido que proceder á la venta de una de las fincas: que había cumplido la obligación de pagar la pensión estipulada, así como también los gastos de la enfermedad de su padre, habiendo sido tan gravosa para él una y otra donación, que había tenido que abandonar su domicilio y trasladarse á Sans con su familia para dedicarse á alguna ocupación con que ganar su subsistencia: que no había dirigido á su padre más expresiones, sino la de que quería perderle, y esto impelido por sus contínuas exigencias, habiéndole reconvenido amistosamente para que le devolviera unos aperos de labranza de que se había apoderado; negó que hubiera injuriado á su padre de palabra ni de obra, y sostuvo que éste quería que el contrato continuase, toda vez que después de la innovación del pleito le había demandado para que le pagase los gastos de enfermedad:

Resultando que suministrada prueba por las partes, durante cuyo trámite falleció D. Miguel Vallvé y Gatell, y se personaron en los autos sus hijos D. Miguel y D. Francisco Vallvé y Ballester; sustanciado el juicio en dos instancias, dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 24 de Abril de 1882 sentencia confirmatoria, con las costas, absolviendo al demandado de la demanda:

Resultando que D. Francisco Vallvé y Ballester interpuso recurso de casación, que fundó:

1° En la infracción de las leyes 3ª Digesto *De donationibus*; 1ª Código *De donationibus quæ sub modo*, y 6ª, tít. 4°, Part. 5ª, por cuanto disponiendo que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al donatario es causa suficiente para revocar la donación, la sentencia negaba la de las otorgadas por D. Miguel Vallvé á favor de su hijo, que no había querido cumplir las que le fueron impuestas:

2° En que se había cometido error de hecho que resultaba de un documento auténtico, como era el apuntamiento, al consignar que respecto á las injurias y amenazas inferidas al donante por el donatario sólo existían declaraciones singulares, y al hacer caso omiso de haberle puesto las manos encima, siendo así que dos de estas circunstancias resultaban adveradas por sus dos testigos conformes y la otra por tres;

Y 3° En la infracción de la ley 10, tít. 4°, Partida 5ª, que dispone que los donatarios deben perder la cosa por desconocencia hácia el donador, la cual se determina entre otros motivos, haciéndole gran deshonra de palabra ó acusándole de algún yerro, y por poner manos airadas en su cuerpo; causas que no apreciaba la sentencia como suficientes para producir la revocación solicitada:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que en cuestiones de hechos, cuales son las debatidas en este pleito, debe estarse á la apreciación de las pruebas hechas por

la Sala sentenciadora, siempre que no se alegue y justifique haber incurrido en error de derecho, ó en error de hecho comprobado con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que el apuntamiento no está comprendido en los documentos ó actos auténticos á que se refiere el caso 7°, del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque siendo el extracto del mismo pleito cuyo resultado aprecia la Sala sentenciadora para formar su juicio, no sirve ni puede invocarse, como se hace en el segundo motivo de este recurso, para demostrar que ha habido error de hecho en la apreciación de las pruebas:

Considerando que según la apreciación de la Sala sentenciadora, el actor no ha probado, cual le incumbió, la ingratitud del donatario, ni que éste hubiera faltado al cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas, en cuya causa se funda aquél para pedir la revocación ó rescisión de las donaciones de que se trata; y debiendo estarse á dicha apreciación, porque no ha sido impugnada en la forma legal antes indicada, la sentencia recurrida, que en su virtud absuelve de la demanda, no infringe las leyes que se citan en los motivos 1° y 3° del recurso, bajo el supuesto inadmisible de ser ciertas las causas alegadas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Vallvé y Ballester, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 5 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto del mismo año.)

4

Recurso de casación (5 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—Reivindicación.—No ha lugar al interpuesto por Doña Francisca Magrans y Alsina con Doña Antonia Borrell y Serra (Audiencia de Barcelona), y se resuelve):

1° *Que aun cuando la duración ordinaria del contrato titulado en Cataluña á rabassa morta es de 50 años, puede aumentarse ó disminuirse este término á voluntad de los interesados, lo mismo que continuar por la tácita, como consensual que es dicho contrato;*

Y 2° Que resuelta bajo este criterio legal la cuestión del pleito, no tienen aplicación al caso el usatge Omnes causæ, *citado como infringido, puesto que continuando el contrato no existen términos hábiles para que empiece á correr el término de la prescripción contra la acción ejercitada; la doctrina de que el precepto de este usatge tiene un sentido absoluto y es aplicable á todas las acciones que no se hallen exceptuadas por el Código catalán; la que determina que en el Principado catalán basta sólo que el que tenga una acción deje de deducirla por el término de* 30 *años para que se considere extinguida completamente; y el principio legal que nace de esta jurisprudencia, de que desde el momento en que nace una acción se empieza á extinguir por la prescripción; la que establece que los requisitos para constituir y hacer eficaz la prescripción, como medio de adquirir el dominio, no son necesarios para la prescripción de las acciones, bastando para que*

éstas queden extinguidas y no puedan utilizarse que aquel que hubiera podido ejercitarlas no lo verifique dentro del término que al efecto señala la ley; la que reconoce no ser un exacto principio general ni opinión aplicable la de que nadie puede prescribir contra su título, ni cambiarse asimismo la causa al principio de la posesión; y la ley del contrato y con ella el principio legal de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado primera instancia de Tarrasa y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Antonia Borrell y Serra y D. José Alzamora y Borrell, madre é hijo, vecinos de Rubí, representados en este Supremo Tribunal por el Procurador Don Patricio García Alcañiz, dirigido por el Licenciado D. Modesto Llorens, con Doña Francisca Magrans y Alsina, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección escrita del Licenciado D. Manuel Gaya, y en el acto de la vista del Licenciado D. Francisco Pí y Margall, sobre reivindicación de una pieza de tierra:

Resultando que por escrituras otorgadas en San Cugat de Vallés á 1º de Noviembre de 1770 y 19 de Marzo y 24 de Mayo de 1778 Don Juan Alzamora dió en establecimiento á rabassa morta á D. Juan Magrans y Bonet tres trozos de tierra contiguos, de la cabida y linderos que expresó, de pertenencias de la heredad Alzamora, término de Rubí, con la prestación de censo anual, la primera de 8 libras catalanas, la segunda de 4 y la tercera de 3 libras, 6 sueldos y 8 dineros:

Resultando que D. Juan Magrans y Bonet falleció en 13 de Setiembre de 1836, sucediéndole su hijo D. Juan Magrans y Nunell, en virtud de la donación y heredamiento universal que le hizo con motivo de su matrimonio con Madrona Alsina en 12 de Enero de 1812; y en 20 de Agosto de 1875 falleció D. Juan Magrans y Nunell con testamento, en que instituyó heredera á su hija Doña Francisca Magrans y Alsina:

Resultando que Doña Antonia Borrell y Serra y D. José Alzamora y Borrell, madre é hijo, en concepto respectivamente de usufructuaria y dueño de los bienes de su marido y padre D. Isidoro Alzamora, sucesor del estabiliente D. Juan Alzamora, dedujeron en 1º de Setiembre de 1879 la demanda objeto de este pleito, en la que haciendo uso de las acciones reales reivindicatoria y enfiteuticaria, pidieron se condenase á Francisca Magrans, poseedora de los tres trozos de tierra mencionados que formaron una sola finca, á dimitirla y dejarla expedita y vacua en favor de los demandantes en las calidades referidas, con todas las cepas y demás plantado en ella, con los frutos percibidos desde la fecha de la demanda y las pensiones de censo vencidas desde 24 de Junio de 1878, en que había dejado de satisfacerlas; pretensión que fundaron en el trascurso de más de 30 años desde que se habían otorgado los establecimientos mencionados, tiempo máximo de la duración de las primeras cepas, trascurridos los cuales el dueño directo ó estabiliente podría recobrar el fundo enfitéutico:

Resultando que Doña Francisca Magrans impugnó la demanda oponiendo las excepciones de prescripción y de falta de derecho, puesto que habiendo nacido la acción que ejercitaban los actores trascurridos 50 años desde el establecimiento, ó sea en 1º de Noviembre de 1820 y 19 de Marzo y 24 de Mayo de 1828; para la reivindicación de cada una de las piezas de tierra habían pasado 58 y 59 años respectivamente, du-

rante 43 de los cuales la demandada y su difunto padre habían poseído sin contradicción dichas fincas, sucediendo en ellas por herencia de su antecesor y firmante de los establecimientos D. Juan Magran, toda vez que hasta entonces ni los demandantes ni sus causantes habian hecho reclamación alguna; por lo cual, así la demandada, como su padre, se habían tenido como dueños libres de dichas tierras, salvo la obligación del pago de los censos, que siempre había verificado, y que consignaba en cuanto al último año vencido, que no había verificado por existir la costumbre de aguardar hasta fin de él:

Resultando que suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 21 de Junio último sentencia confirmatoria con las costas, condenando á Doña Francisca Magrans y Alsina á dimitir y entregar en el término de 10 días á favor de los demandantes la pieza de tierra establecida á rabassa morta, de pertenencia de heredad Alzamora, con todas las cepas y demás plantado en ella, y los frutos percibidos de la contestación á la demanda:

Resultando que Doña Francisca Magrans y Alsina interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° El usatge *Omnes causæ*, 2ª, tít. 2°, libro 7°, volumen 1°, de las Constituciones de Cataluña, en cuya virtud todas las causas buenas y malas, y acciones civiles y criminales de toda clase, quedan prescriptas por el solo trascurso de 30 años sin haberlas ejercitado; toda vez que la sentencia no admitía la prescripción de la acción, que se opuso oportunamente, á pesar de que cuando ésta se entabló iban trascurridos más de 50 años desde la fecha de su nacimiento:

2° La doctrina legal consignada en repetidas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, en las de 8 de Mayo y 10 de Diciembre de 1861, 23 de Setiembre de 1864, 10 de Marzo de 1876, y especialmente en la de 30 de Diciembre de 1867, de que el precepto del usatge *Omnes causæ* tiene un sentido absoluto y es aplicable á todas las acciones que no se hallen exceptuadas por el Código catalán, sin que fueran atendibles en contraposición las disposiciones del derecho canónico ni del derecho romano, ni las opiniones de los autores; y la acción de reivindicar una finca dada á rabassa morta no se encontraba exceptuada en el derecho catalán, pues nacía precisamente de la caducación de un contrato, y por consiguiente, había de prescribir con arreglo á la doctrina legal expuesta:

3° La doctrina legal consignada en las sentencias, entre otras de este Supremo Tribunal, de 10 de Julio de 1875 y 26 de Enero de 1876, según la cual en el Principado catalán basta sólo que el que tenga una acción deje de deducirla por el término de 30 años para que se considere extinguida completamente; y el principio legal que nace de esta jurisprudencia, acorde con lo establecido en otros fallos, de que desde el momento en que nace una accion se empieza á extinguir por la prescripción, y la ejercitada en este caso nació respectivamente en los años 1820 y 1828, habiendo pasado, por tanto, con exceso el término de 30 años cuando se dedujo en juicio:

4° La doctrina legal establecida en la sentencia de 27 de Febrero de 1875, de que los requisitos para constituir y hacer eficaz la prescripción como medio de adquirir el dominio no eran necesarios para la prescripción de las acciones, bastando para que éstas quedasen extinguidas y no pudieran utilizarse que aquel que hubiera podi-

do ejercitarlas no lo hubiera verificado dentro del término que al efecto señalaba la ley; toda vez que en la sentencia se desconocía que bastaba no ejercitar dicha acción de recobrar la finca en el trascurso de 30 años para que quedase completamente extinguida:

5° La doctrina resultante de las varias sentencias dictadas por este Tribunal Supremo en materia de prescripción, y de las pronunciadas en 20 y 27 de Febrero de 1875, en cuya virtud se ha reconocido no ser un exacto principio general ni opinión aplicable la de que nadie puede prescribir contra su título, ni cambiarse asimismo la causa al principio de la posesión; pues si esto hubiere sido cierto, tales decisiones no hubieran podido dictarse; doctrina que se había desconocido en la sentencia, siendo así que el aspecto fundamental del asunto era la prescripción de la acción de reivindicar que tenía el estabiliente; prescripción que podía invocar á su favor el poseedor rabassaire en virtud de las doctrinas expuestas, con tanto mayor motivo en este caso, cuanto que la recurrente poseía en virtud de un título hereditario, que tenía su origen en 13 de Setiembre de 1836, y por lo tanto, por un trascurso mucho mayor de los 30 años, aun con relación al nuevo titulo;

Y 6° En el supuesto de que la acción de reivindicar no estuviese destruida por la prescripción, la ley del contrato, que fué título primitivo, y con ella el principio legal de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro; toda vez que la sentencia condenaba á Doña Francisca Magrans á entregar las cepas y todo lo demás plantado en la pieza de tierra, siendo así que el poseedor tenía un perfecto derecho á que le fueran abonados aquellos conceptos, y en cuanto se condenaba asimismo á la demandada á entregar los frutos percibidos desde la contestación á la demanda, siendo así que existían ya cantidades de censo estipuladas por la posesión de las tierras, las cuales en dicha hipótesis sería en la parte de frutos á que tuviese derecho el sucesor del estabiliente, y que había sido siempre satisfecha:

Visto, siendo ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que aun cuando la duración ordinaria del contrato titulado en Cataluña á rabassa morta es de 50 años, puede aumentarse ó disminuirse este término á voluntad de los interesados, lo mismo que continuar por la tácita, como consensual que es dicho contrato:

Considerando que resuelta bajo este criterio legal la cuestión del pleito, no tienen aplicación al caso las leyes y doctrinas que se citan como infringidas, puesto que continuando el contrato no existen términos hábiles para que empiece á correr el término de la prescripción contra la acción ejercitada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Francisca Magrans y Alsina, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada en 5 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto del mismo año.)

5

Recurso de casación (5 *de Enero de* 1883).—*Sala tercera.*—Reclamación de sueldos.—No se admite el interpuesto por D. Leandro Humbert con D. Luis Rouviere (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que el recurso de casación se da contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias; teniendo para ello el concepto de tales las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación.

Resultando que D. Leandro Humbert entabló demanda en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pedro de Barcelona reclamando de D. Luis Rouviere, representante de la *Compañía del ferrocarril del Norte de España*, el pago del importe de unos sueldos como empleado en la misma, y que impugnado por el demandado se recibió el pleito á prueba:

Resultando que en el período de ella promovió Humbert un incidente para que se declarase la nulidad de todo lo actuado á partir desde el emplazamiento del demandado, en atención á que no estaba determinada la personalidad de éste, y que el Juez, con Audiencia del mismo, repelió, con las costas, el incidente por auto de 23 de Setiembre de 1881:

Resultando que apelado por Humbert y confirmado; con las costas, por sentencia de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona de 3 de Mayo de 1882, ha interpuesto contra ella recurso de casación, citando las leyes á su juicio infringidas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que el recurso de casación se da contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, teniendo para ello el concepto de tales las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que la sentencia dictada por la Auciencia de Barcelona en 3 de Mayo del año último no es definitiva, puesto que nada resuelve sobre el punto principal, y que habiendo recaído en un incidente, lejos de ponerse con ella término al pleito se acuerda, por el contrario, que continúe la sustanciación del mismo:

Visto lo dispuesto en los artículos 1689, 1690, 1728 y 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. Leandro Humbert, á quien se condena en las costas: comuníquese este auto á la Audiencia, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese en la forma prevenida por la ley.—(Sentencia publicada el 5 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Marzo del mismo año.)

6

Recurso de casación en la forma (8 *de Enero de* 1884).—*Sala tercera.*—Defensa por pobre.—No ha lugar al interpuesto por Don Manuel Gegúndez con D. Francisco Alvarez Graña y otros y el Ministerio Fiscal (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que según dispone el art.* 1693 *de la ley de Enjuiciamiento ci-*

vil, ha lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando se deniega cualquiera diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya producido indefensión;

Y 2º Que los términos corren desde el día siguiente á la notificación del auto en que se conceden.

En la villa y Corte de Madrid, á 8 de Enero de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta capital y en la Sala segunda de la Audiencia de la misma por D. Francisco Alvarez Graña, D. Rafael Pasarín Fernández y D. Ramón Gomez Uría, maridos respectivamente de Doña Josefa, Doña Francisca y Doña Manuela Pérez Arias, representados y defendidos por el Procurador D. Eusebio Casaes, y el Licenciado Don Enrique Aguilera de Paz, con D. Manuel Gegúndez, marido de Doña Ramona Pérez, representado por el Procurador D. Luis Soto, bajo la dirección del Licenciado D. Mariano Fernández Tejerina, D. Inocente Alvarez y Doña Prudencia Zubiaurre, por su no comparecencia los estrados del Tribunal y el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre de los primeros:

Resultando que pendientes autos sobre aprobación de las cuentas rendidas por D. Fernando Madrazo en la testamentaría de D. Manuel Pérez Fernández por parte de D. Francisco Alvarez Graña, D. Rafael Pasarín Fernandez y D. Ramón Gómez Uria, maridos respectivamente de Doña Josefa, Doña Francisca y Doña Manuela Pérez Arias, se promovió incidente para que se les declarase pobres para litigar; y seguidos por sus trámites siendo partes además D. Manuel Gegúndez, como marido de Doña Ramona Pérez; el Ministerio fiscal, y en rebeldía Don Inocente Pérez y Doña Prudencia Zubiaurre, el Juez de primera instancia del distrito de la Latina por sentencia de 16 de Marzo de 1881 declaró pobres para litigar á los mencionados D. Francisco Alvarez Graña, D. Rafael Pasarín Fernández y D. Ramón Gómez Uría:

Resultando que admitida la apelación que interpuso D. Manuel Gegúndez, se remitieron los autos á la Audiencia, y al instruirse aquél, manifestó por un otrosí que entre las varias diligencias de prueba que propuso en primera instancia, fueron las de que se librasen exhortos á los Juzgados de primera instancia de Fonsagrada y Lugo, con objeto de acreditar los bienes que poseían y contribución que satisfacían los demandantes: que acordado per el Juez, se libraron los exhortos; pero habiendo llegado con retraso al punto de su destino á causa de dos fuertes temporales entonces reinantes, no pudieron diligenciarse; y en atención á lo dispuesto en el art. 869 de la ley de Enjuiciamiento civil, pidió se recibiesen los autos á prueba á fin de que tuvieran lugar las diligencias que acordadas no pudieron verificarse por causa no imputable al mismo: por un segundo otrosí expuso haber llegado á su conocimiento con posterioridad á la práctica de la prueba en primera instancia por D. Francisco Alvarez, D. Rafael Pasarín y D. Ramón Uria que poseían varias fincas y ganados; y en su virtud, y con arreglo al citado art. 869 de la ley de Enjuiciamiento civil, solicitó el recibimiento á prueba con objeto de justificar aquellos hechos:

Resultando que por auto de 6 de Agosto de 1881 se recibió el pleito á prueba por término de 20 días, dentro de los que habían de practicarse las propuestas por Gegúndez y demás que fueran declaradas pertinentes, y que para que tuviera lugar se librase orden al Juez de

primera instancia de la Latina, á quien al efecto se daba comisión: que en 13 del mismo mes de Agosto se puso la orden, que se entregó al Procurador de D. Manuel Gegúndez en el día 16: que presentada en el Juzgado el 17, en providencia del 18 se mandó guardar y cumplir y que en su virtud se expidiesen los exhortos acordados; y notificada dicha providencia al Procurador de Gegúndez en el siguiente día 19, en el mismo extendió diligencia el Escribano actuario de haberse puesto los exhortos y entregádose á aquel, en los que se advertía haber empezado á correr el día 11 el término de prueba:

Resultando que en 22 del repetido mes de Agosto el Procurador de Gegúndez presentó escrito al Juez proponiendo ciertos particulares de prueba que habían de practicarse en los Juzgados de Lugo y Fonsagrada; y en providencia del propio día se hubo por presentado el anterior escrito y mandó que con inserción del mismo se adicionasen los exhortos á que se refería para que tuvieran lugar las diligencias que se solicitaban; apareciendo de diligencia puesta por el actuario que en el día 23 se adicionaron los exhortos y se entregaron al Procurador de Gegúndez:

Resultando que en 2 de Setiembre de 1881 Gegúndez acudió á la Audiencia exponiendo que entendía que el término de prueba de 20 días por que se habían recibido los autos debía empezar á contarse desde que fué posible proponer y practicar las pruebas, que fué aquel en que se hizo saber de la carta orden al Juzgado y se mandó cumplir lo ordenado por la Sala, pues de lo contrario, era evidente que el término de 20 días quedaría cercenado en más de la mitad, insuficiente para practicar la prueba acordada por la Sala y demás que se había propuesto y admitido, cuya insuficiencia era tanto más notoria, cuanto que la mayor parte de esa prueba se había de practicar en Lugo y Fonsagrada; y pidió se declarase que el término de 20 días porque estaban recibidos los autos á prueba empezaba á contarse desde la fecha en que el Juzgado de primera instancia de la Latina, comisionado para la práctica de la prueba, hizo saber ó notificar la llegada á él de la orden de la Sala, cuya declaración se pusiera en conocimiento del Juzgado á la brevedad posible á los fines consiguientes; y la Sala de vacaciones de la Audiencia por auto de 7 de Setiembre declaró no haber lugar á lo que se solicitaba en el anterior escrito: que se practicase la liquidación del término de prueba, á contar desde el día siguiente de la notificación del auto en que se acordó dicho trámite; y verificado, se diese cuenta: que puesta diligencia por el Escribano de haber pasado el término de prueba, en providencia del 22 de Setiembre se mandaron unir las practicadas y en el día 23 el Relator Secretario extendió diligencia expresiva de que por la representación de Gegúndez no se había presentado cumplimentada la orden que se le entregó para la práctica de su prueba, por lo que no constaba que se hubiese practicado ninguna:

Resultando que después de otras actuaciones, la Sala segunda de la Audiencia por sentencia de 5 de Noviembre de 1881 confirmó, con las costas, la del Juez de primera instancia:

Resultando que D. Manuel Gegúndez, como marido de Doña Ramona Pérez Arias, interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado, entre otros motivos, que la Audiencia no admitió en el caso 5° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando á este propósito que al recurrente se le habían denegado diligencias de prueba admisibles según las leyes, y que por su falta había quedado

indefenso: que recibidos los autos á prueba en segunda instancia, por auto de 11 de Agosto se comunicó al Juez de primera instancia del distrito de la Latina para que practicara las propuestas y demás que se propusieren: y librada al efecto la oportuna orden al Juez, no se notificó la providencia, mandándola guardar y cumplir hasta el día 19 del mismo mes, quedando por tanto reducidos á 11 ó 12 días el término de 20 porque fueron recibidos á prueba los autos: que las consecuencias de esto fueron que debiéndose practicar las pruebas en Lugo y pueblos del partido de Fonsagrada, primero que se libraron los exhortos y llegaron á su destino ya había transcurrido el término de prueba y no pudieron ser diligenciados, como tampoco el suplicatorio que se elevó á la Sala para que se librase certificación de la relación que en ciertos autos existe, dada por uno de los demandados de cuarenta y tantas fincas que posee y cultiva:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que, según dispone el art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, há lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando se deniega cualquiera diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya producido indefensión:

Considerando que en el caso presente no ha habido denegación de prueba; el mismo recurrente lo reconoce, y se considera agraviado porque el término para practicarla se declaró corría desde el día siguiente al en que se le notificó el auto, mandando que la ejecutara, y no ha tenido presente que dicha ley en su art. 333 ordena que los términos se empiezan á contar desde la fecha referida:

Considerando, por tanto, que el recurso interpuesto por D. Manuel Gegúndez carece de fundamento, porque ni en la sustanciación del incidente ni en su resolución se cometió el quebrantamiento de forma alegado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Manuel Gegúndez, como marido de Doña Ramona Pérez Arias, al que en tal concepto condenamos en las costas, y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese á la Audiencia de esta Corte la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 8 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Marzo del mismo año.)

7

Recurso de casación (9 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE PENSIONES DE UN CENSO.—No ha lugar al interpuesto por los testamentarios de Doña Teresa Pla contra la Abadesa del Monasterio de San Pedro de las Puellas (Aud. de Barcelona), y se resuelve:

Que según el art. 2º del decreto de 18 de Octubre de 1868, las comunidades religiosas fueron desposeídas de todos los bienes, rentas, derechos y acciones que les pertenecieren, pasando á la propiedad del Estado, y no puede obligarse á aquellas corporaciones á pagar pensiones, aunque sean atrasadas, que afectan á bienes que no les pertenecen, puesto que estos son los responsables, cualquiera que sea el poseedor.

En la villa y Corte de Madrid, á 9 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pe-

dro de Barcelona y en la Sala primera de la Audiencia de dicha ciudad por los testamentarios de Doña Teresa Pla y Nadal y por D. Miguel Parera y Cort, y en su nombre el Procurador D. Patricio García Alcañiz, dirigido por el Licenciado D. Modesto Llorens, con la Abadesa del Monasterio de San Pedro de las Puellas, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre pago de pensiones de un censo.

Resultando que por ejecutoria de la Sala primera de la Audiencia de Barcelona de 19 de Junio de 1866 se declaró laical el patronato fundado por Andrés Nadal é Ignacio Parera en 26 de Junio de 1775, adjudicándose á Doña Teresa Pla, como de libre disposición, la mitad de los bienes de su dotación, reservando la otra mitad para Miguel Parera y Cort, y disponiendo que el Cura Párroco de San Pedro de las Puellas entregase á Doña Teresa Pla y Nadal los papeles concernientes al expresado patronato y rindiese cuentas del tiempo que lo había administrado:

Resultando que requerida en cumplimiento de esta ejecutoria en 24 de Noviembre del año 1869 la Abadesa del Monasterio de San Pedro de las Puellas de Barcelona para que reconociera á Doña Teresa Pla y Nadal y á D. Miguel Parera como dueños del censo de pensión anual de 67 libras que prestaba á la Administracióu de dichos bienes y que pusiese de manifiesto el último recibo de las pensiones satisfechas, pagando á aquéllos las que en lo sucesivo venciesen, se certificó por el Escribano de causas pías de la diócesis, que la expresada Abadesa había pagado 201 libras por tres pensiones de dicho censo, correspondientes á los años de 1836, 1837 y 1838:

Resultando que incautado el Estado en el año 1868 de la casa número 8 de la calle Alta de San Pedro de Barcelona, sobre la cual gravitaba el censo mencionado, fué adquirida por D. José Pujol, sin que en el anuncio para la venta se hiciera mención del expresado gravamen, habiendo tenido lugar su adjudicación; á pesar de haberse reclamado en 6 de Junio de 1870, acordándose por la Junta superior de Ventas que era de cuenta del comprador Pujol el abono de las pensiones vencidas desde la fecha en que se realizó el pago del primer plazo al Estado, y de cuenta de las religiosas de San Pedro las de vencimientos de años anteriores no pagadas:

Resultando que fundados en estos antecedentes los albaceas de Doña Teresa Pla y Nadal y D. Miguel Parera y Cort, dedujeron en 28 de Mayo de 1877 la demanda objeto de estos autos, en la que ejercitando la acción personal *conditio ex lege*, y la mixta de personal y real, por hallarse inscrita la ejecutoria en los Registros de la propiedad, pidieron que se condenara á la Abadesa del Monasterio de San Pedro de las Puellas al pago de 5.802 pesetas 33 céntimos, importe de las 32 pensiones y prorrata á razón de 67 libras al año, que la correspondía satisfacer por razón de la casa que hoy poseía D. José Pujol: al pago de los intereses legales desde el día de la mora, y al de las costas; condenándola asimismo á que constituyera hipoteca especial sobre el terreno que en virtud de permuta con el antiguo Monasterio había adquirido la comunidad de religiosos de San Pedro de las Puellas en el término de Sarriá, en garantía y seguridad del importe de las pensiones objeto de la demanda:

Resultando que contestándola la Comunidad demandada, reconoció el hecho de haberla pertenecido la casa de la calle Alta de San Pedro, hasta que el Estado se incautó de ella; pero negó que viniera obligada

á satisfacer las pensiones atrasadas del censo, aun cuando fueran vencidas en el período en que el convento poseyó, y con anterioridad por tanto á la incautación de la finca por el Estado, toda vez que ésta había de entenderse en lo activo y en lo pasivo: que el Estado al incautarse de los bienes de las comunidades, lo hizo, no solamente de los capitales, sino también de las rentas; y éstas, así de las devengadas con posterioridad á la incautación, como de las vencidas con anterioridad que no hubieran sido percibidas: que en el juicio en que se declaró el derecho de los demandantes no fué parte el convento; y además la ejecutoria en él recaída se limitó á declarar de un modo abstracto el derecho de los actores, relativamente á los bienes que formaban la dotación del patronato; y que la decisión de la Junta superior de Ventas fué dictada en un expediente en que sólo eran partes los actores y el comprador de la finca, pero no la demandada, que no se consideraba por tanto obligada por la decisión de aquélla, mucho menos no habiéndole sido notificada; y oponiendo por todo á la demanda la excepción *sine actione agis* y las demás que se derivan de los hechos expuestos, pidió se le absolviese de ella, con reserva á los demandantes del derecho que creyeren les asistía para reclamar las pensiones del censo de que se trataba de quien correspondiera, condenándoles al pago dé las costas:

Resultando que los demandantes replicaron, sosteniendo que la Comunidad se hallaba obligada al pago de las pensiones demandadas, porque así como percibió los réditos de la finca, era lógico que cumpliera sus cargos, y además porque el Estado no debía cumplir obligaciones que debían estar cumplidas en la época de la incautación; y que comunicados los autos al Ministerio fiscal á petición de los actores, por si algún interés pudiera tener el Estado, los devolvió manifestando que no debía tomar parte en ellos por no hallarse apurada la vía gubernativa:

Resultando que suministrada por la parte actora prueba de posiciones, no habiéndose cotejado los documentos que presentó, por haber prestado para ello su asentimiento la demandada, dictó sentencia el Juez de primera instancia, y que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona la revocó en 18 de Marzo de 1882, absolviendo de la demanda á la Abadesa del Monasterio de San Pedro de las Puellas, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que los testamentarios de Doña Teresa Pla y Nadal y D. Miguel Parera y Cort interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° Las leyes 10, Digesto *De probationibus*, 1ª, Código *eodem* y 2ª, tít. 14, Partida 3ª, en que se dispone que cuando el demandado alega hechos ó circunstancias que invaliden en todo ó en parte la acción deducida, será de su cargo la prueba de las excepciones, y de otro modo deberá fallarse el negocio como si no se hubiera deducido la excepeción, pues la sentencia absolvía á las religiosas por los motivos aducidos en sus escritos, si bien dándololes un alcance mayor é inconveniente, sin tener en cuenta que aquéllas no practicaron prueba alguna en apoyo de sus afirmaciones:

2° El decreto de 18 de Octubre de 1868, citado en la sentencia, supuesto que ésta consideraba que la Comunidad fué comprendida en sus disposiciones, sin que las religiosas hubieran demostrado estarlo, acreditando, ya la extinción á que se contraía el art. 1°, ya la reducción á

que se refería el 5° con respecto á las Comunidades que quedaron subsistentes por la ley de 29 de Julio de 1837; siendo de notar el hecho constante en los autos de que las religiosas de San Pedro de las Puellas, después de publicado y llevado á efecto el referido decreto, habían conservado bienes sobre los cuales podían hacerse efectiva sus obligaciones:

3° El art. 10 de la orden del Poder Ejecutivo de 16 de Noviembre de 1868, citado también en la sentencia, en que se previene que la incautación de los edificios y terrenos de que tratan las disposiciones anteriores tendrá lugar sin perjuicio de los derechos que las corporaciones locales pudiesen deducir, fundadas en títulos legítimos, ó de reclamaciones de otra clase, que el Gobierno apreciaría y resolvería en cada caso particular, con referencia á la decisión adoptada por la Junta superior de Ventas, la cual, como todas las que se relacionaban con la desamortización, eran del resorte de la Administración activa, y al Poder judicial sólo le cumplía hacerla respetar y respetarlas, cuando se las aducía como título justificativo de un derecho civil;

Y 4° La ley 7ª *De publicanis et vectigalibus*; la 23 Digesto *De regulis juris*; la 11, 17, 21 y 22 Digesto *De novationibus*; la última Código *De novationibus*, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 7 de Diciembre de 1859, 30 de Octubre de 1860, 9 de Marzo de 1861, 3 de Febrero de 1862, 17 y 18 de Marzo y 16 de Octubre de 1863 y 28 de Mayo de 1864, citadas en el fallo de primera instancia; porque reconocido el principio de que al demandado le incumbe la prueba de sus afirmaciones, si no la practica, debe fallarse en negocio como si no se hubiera deducido la excepción, que era lo que había debido hacer la sentencia en este caso:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Benito de Ulloa y Rey:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe ley alguna de las que á este propósito se citan, porque precisamente, según el artículo 2° del Decreto de 18 de Octubre de 1868, las Comunidades religiosas fueron desposeídas de todos los bienes, rentas, derechos y acciones que les pertenecieren, pasando á la propiedad del Estado, y no puede obligarse á aquellas corporaciones á pagar pensiones, aunque sean atrasadas, que afectan á bienes que no les pertenecen, puesto que éstos son los responsables, cualquiera que sea el poseedor;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los testamentarios de Doña Teresa Pla y Nadal y D. Miguel Parera y Cort, á quienes condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 9 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto del mismo año.)

8

Recurso de casación (9 *de Enero de* 1883).—*Sala segunda.*—ABONO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—Ha lugar en parte al interpuesto por la razón social *J. Roca y Compañía* con D. Tomás Maristany y otros (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1° *Que si atendidos los méritos del expediente instruído por la Autoridad de Marina y el resultado de las pruebas practicadas en los autos, es indudable la existencia del daño sufrido por un vapor al embes-*

tir contra el Cedazo ó aparato de pesca que estaba colocado á la boca de un puerto, cuyo suceso tuvo lugar por impericia ó descuido del Capitán de dicho buque, éste por lo tanto es responsable de los perjuicios que ocasionara el siniestro, sin que al declararlo así la sentencia recurrida infrinja los artículos 934 *y* 935 *del Código de Comercio en su número* 7°:

2° *Que dicha responsabilidad no es extensiva al naviero, puesto que no debiendo calificarse el referido daño de avería en la acepción legal de esta palabra por no referirse al buque ni á su cargamento, y reconocida la culpa del Capitán en los términos que quedan expresados, hay que comprender dicho daño entre los excesos á que alude el artículo* 624 *del Código de Comercio, cuya disposición releva en tales casos al naviero de toda responsabilidad; mediante lo cual, al no estimarlo así la sentencia recurrida, infringe dicho texto legal;*

Y 3° *Que no existiendo daño que pueda apreciarse, no procede condenar á su indemnización.*

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de la Coruña y en la Sala de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad por D. Tomás y Don Benito Maristany y Ferrer, del comercio de la misma, y D. Juan Morales Paseiro, pescador y maestro del aparejo nomdrado Cedazo, de propiedad de los armadores Maristany y hermano, por sí y en representación de Pascual Alvarez Páez y otros hasta el número de 39 marineros pescadores, ocupados en dicho aparejo, representados todos por el Procurador D. Daniel Doce, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Rios, con D. Aquilino Vinjoy y Martínez, Capitán del vapor *Molina*, y la razón social *J. Roca y compañía*, de Barcelona, armadores de dicho buque, y en su nombre el Procurador D. José María Aguirre, dirigido por el Licenciado D. Faustino Rodríguez San Pedro, sobre abono de daños y perjuicios:

Resultando que Juan Morales Paseiro y otros hasta el número de 89, matriculados de mar, y de oficio marineros, dedicados en tal concepto á las faenas de la pesca, y la razón social Maristany y hermano, dueños de una fábrica de salazón y de uno de los aparejos denominado Cedazo ó cerco real, otorgaron en 29 de Julio de 1876 escritura de contrata para la pesca de la campaña ó cosecha del referido año, que debía empezar en el mes de Agosto del mismo y concluir en Enero de 1877; obligándose los dueños del Cedazo á recibir toda la sardina que se cogiese, que pagarían á los pescadores al precio que convinieron, repartiéndose los productos de cada lance por mitad entre los aparejos y la gente y sus embarcaciones, habiendo de entregar los armadores mensualmente á cada uno de los contratantes 17 pesettae y media, de que serían reintegrados con la tercera parte de las ganancias de ellos, cuya suma no podían reclamar si no llegasen á cubrir el adelanto:

Rssultando que tendidos los aparejos en la noche del 2 de Noviembre de dicho año en las aguas de la rada del puerto de la Coruña y puntos designados para la pesca, y cuando según se consigna en la demanda estaba ya presa y encerrada, salió del puerto sin práctico el vapor español *Molina*, perteneciente á la Sociedad J. Roca y compañía, de Barcelona, y dirigiéndose sobre el Cedazo, á pesar de haber luna clara, estar encendidas las luces de las valizas y haberse dado por la gente de los botes y lanchas de aparejo diferentes voces de aviso, le

arremetió y rasgó de arriba abajo en una extensión de 40 brazas, abriendo un portillo por el que se marchó todo el pescado que aquellos contenían:

Resultando que instruído el oportuno expediente por la Autoridad de Marina en averiguación de los hechos ocurridos y sus causas, terminada la información, se oyó al Fiscal, el cual, fundado en que el vapor *Rivera*, que salió después que el *Molina*, lo hizo sin causar daño alguno por la facilidad y franquicia que había para practicaa la salida; que desde el vapor *Molina* debieron oirse las voces que se daban por la gente del Cedazo y demás embarcaciones menores que allí había, y que el Capitán de un buque que salía de un puerto de noche y sin práctico asumía sobre sí la responsabilidad de todos los actos que pudieran originarse en la navegación, fué de parecer que el buque que había causado la avería en el Cedazo no era otro que el vapor *Molina*, Capitán D. Aquilino Vinjoy; debiendo ser, por lo tanto, responsable á los daños y perjuicios causados: que en el mismo sentido opinó la Junta de Capitanes ó Pilotos mercantes, convocada y presidida por el Comandante de Marina, y que remitido el expediente al Capitán general del Departamento, oído el Auditor y conforme con su dictamen, se declaró terminado por lo que tocaba á la jurisdicción de Marina, prestándole su aprobación:

Resultando que fundados en estos hechos, dedujeron D. Juan Morales Paseiro, por sí y en representación de los demás marineros y la razón social Maristany y hermano en 28 de Marzo de 1878, la demanda objeto de estos autos para que se condenase á los armadores ó navieros del vapor español *Molina*, juntamente con su Capitán D. Aquilino Vinjoy y cada uno de ellos *in solidum*, á pagar á los demandantes: primero, la cantidad de 2.366 rs., equivalentes á 579 pesetas, valor del daño causado en el aparejo de pesca ó Cedazo perteneciente á la casa de Mristany y hermano; segundo, la de 54.000 rs., equivalentes á 13.500 pesetas, en que apreciaban el valor de la sardina perdida por consecuencia de la avería causada por dicho buque, ó bien la suma que á falta de conformidad de los interesados señalasen los peritos nombrados con arreglo á las leyes; tercero, la de 60.000 rs., equivalentes á 15.000 pesetas, en que apreciaban el perjuicio ó menoscabo causado á la casa de Maristany hermano, por habersela privado de la adquisición de dicha sardina, según contrata, y de su venta á los precios corrientes, ó bien la suma que á falta de conformidad de los interesados señalasen los peritos nombrados en la forma anterior; y cuarto, que se condenase expresamente á los demandados en todas las costas:

Resultando que el Capitán del vapor D. Aquilino Vinjoy y la razón social J. Roca y compañía impugnaron la demanda, negando en el escrito de contestación y en el de dúplica que fueran exactos los hechos de la misma, así en lo relativo á que el vapor *Molina* hubiera destruído ó roto el aparejo de pesca. como en cuanto á los demás detalles que afirmaba: que el vapor *Molina*, lo mismo que el *Rivera*, salieron del puerto como lo hacían todos los buques de su clase, con el rumbo que requerían los puntos de sus respectivos destinos: que según la versión de los demandantes, ni uno ni otro vapor chocaron á la salida del puerto con embarcación alguna de pesca ni de otra clase ni con los faroles que decían taner encendidos: que los demandantes no hicieron protesta alguna dentro de las 24 horas siguientes á la en que suponían ocurrió el accidente, ni se hizo requerimiento al Capitán, ni se propuso

la demanda judicial en el término perentorio de dos meses, como debiera haberse efectuado para que no se extinguiera la acción que se ejercitaba; y que negaban su asentimiento á la certificación del expediente instruído por la Autoridad de Marina y al expediente mismo por su notoria nulidad:

Resultando que suministrada por las partes prueba de documentos, testigos y peritos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña dictó sentencia en 9 de Mayo de 1882, confirmatoria, con las costas de la del Juez inferior, condenando mancomunada y solidariamente á D. Aquilino Vinjoy, Capitán del vapor *Molina*, y á la razón social de Barcelona J. Roca y compañía á pagar al Maestre Juan Morales Paseiro y consortes y á la Sociedad Maristany y hermano 2.316 reales, importe del perjuicio causado en la red ó aparejo, y además 50.400 reales, valor de la indemnización por el perjuicio que les ocasionó la sardina fugada de dicha red ó aparejo cuando fué roto por el vapor *Molina*, con deducción de 270 reales de la sardina mallada, de que se aprovecharon los demandantes; ordenando que en cuanto á la indemnización de perjuicios que reclamaban de la Sociedad Maristany y hermano por la pérdida de las utilidades que la sardina fugada les hubiera rendido, se practicase por peritos de nombramiento de las partes y tercero en caso de discordia una liquidación de las utilidedes en efectivo, con descuento de la salazón, limpieza, prensaje, tonelaje y demás operaciones que hubiera que efectuar hasta su venta, y cuyo importe líquido le sería satisfecho por los demandados, á quien se condenaba en todas las costas:

Resultando que la razón social de Barcelona J. Roca y compañía y el Capitán del vapor D. Aquilino Vinjoy y Martínez interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º El art. 935, núm. 7º, del Código de Comercio, considerado el hecho como un abordaje, conforme hicieron los demandantes y la Sala sentenciadora, en el concepto de haber dejado de aplicarse, á pesar de que debía haberlo sido con respecto á Roca y compañía; porque de dicho abordaje respondería el Capitán del buque en el caso de ser culpable, pero de ningún modo aquéllos, puesto que no habían sido los autores del hecho, en armonía también con la doctrina establecida sobre el abordaje por las sentencias de este Tribunal Supremo de 5 y 26 de Enero del año último:

2º El art. 624 del mismo Código, aun cuando aquel suceso no se calificase de abordaje, puesto que no habiéndose producido el daño en las aguas de la Coruña por los actos de Roca y compañía, que se hallaban en Barcelona, pesaría la responsabilidad que acaso resultara de aquel hecho sobre el Capitan del vapor *Molina*, y no sobre la casa armadora, que no respondía, con arreglo á la terminante prescripción de dicho artculo, de los excesos de cualquier clase que fueran que cometiera el Capitán que iba al frente de la nave; doctrina que se hallaba corroborada por las sentencias de este Supremo Tribunal citadas en el fundamonto anterior:

3º El art. 934 y el 935 en su núm. 7º ya citado de dicho Código de Comercio, en lo relativo á la condena de que había sido objeto D. Aquilino Vinjoy, porque no le cabía responsabilidad alguna, en atención á haberse producido el daño sin su culpa; debiendo en su consecuencia haberse aplicado en la sentencia el principio consignado en dichos artículos, que declaraban no indemnizable el daño que resultase sin culpa para nadie,

debiendo sufrirle el dueño de las cosas en que se hubiera experimentado, conforme á la regla común de derecho, asimismo infringida, de que perecen en general para sus dueños ó propietarios:

4º La doctrina jurídica que se desprende, especialmente de la sentencia de este Supremo Tribunal de 29 de Abril de 1876, relativa á que la indemnización de perjuicios se limita á los que son consecuencia necesaria é inmediata del daño causado, consignada ya en la ley 21, párrafo tercero, tít. 1º, libro 19, del Digesto, é infringida aun en la inadmisible hipótesis de ser en algún modo responsable del siniestro cualquiera de los recurrentes, por el concepto de que no debió la sentencia extender tal indemnización á la del pescado que pudieron haber cogido en 2 de Noviembre de 1876 los tripulantes del Cedazo por ser incierto y eventual; siendo errónea la aplicación de la ley 17, tít. 18, Partida 3ª, invocada en la sentencia, por cuanto los referidos tripulantes no habían preso, es decir, adquirido mediante ocupación material el aludido pescado, que ni siquiera habían extraído á la superficie del mar:

5º Las leyes 3ª y 16, tít. 22, Partida 3ª, y 2ª, tít. 16, libro 11 de la Novísima Recopilación, con arreglo á las cuales y á la 1ª, tít. 14, Partida 3ª, deben fallarse los pleitos según lo alegado y probado; doctrina mantenida en el art. 1692 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que comparando los mismos documentos traídos al pleito por la parte contraria, en que se relacionaba la cantidad de sardina cogida en toda una cosecha y la utilidad reportada por los pescadores con los términos de la indemnización indicada en el anterior motivo, resultaba, según la sentencia recurrida, que en pocas horas de un solo día debían haber cogido los demandantes un número de sardinas y obtenido una ganancia aproximadamente igual ó poco menos que la correspondiente á todo el resto de la cosecha; lo cual era un absurdo:

6º La doctrina expresada en la cuarta de las infracciones alegadas, al condenar á los recurrentes á indemnizar á Maristany y hermano de las utilidades que pudieran haber tenido con la venta de la sardina, que ni siquiera llegaron á entregarles los tripulantes del Cedazo, toda vez que no existiendo ninguna relación jurídica entre el Capitán y Roca y compañía y los hermanos Maristany, no serían nunca los primeros, cualquiera que fuese la apreciación de los demás fundamentos del recurso, responsables de las ganancias ó de las pérdidas que hubiesen podido tener los referidos Maristany, las cuales además eran completamente inciertas y eventuales:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que atendidos los méritos del expediente instruído por la Autoridad de Marina y el resultado de las pruebas practicadas en estos autos, es indudable la existencia del daño sufrido por el vapor *Molina* al embestir contra el Cedazo ó aparato de pesca que bajo la dirección del Maestre Juan Morales estaba colocado á la boca del puerto de la Coruña en la noche del 2 de Noviembre de 1876, cuyo suceso tuvo lugar por impericia ó descuido del Capitán de dicho buque, quien por lo tanto es responable de los perjuicios que ocasionara el siniestro, sin que al declararlo así la sentencia recurrida infrinja los artículos del Código de Comercio que se citan en el tercer motivo:

Considerando que dicha responsabilidad no es extensiva á la razón social J. Roca y compañía, de Barcelona, en su calidad de naviera, puesto que no debiendo calificarse el referido daño de avería en la acepción legal de esta palabra por no referirse al buque ni á su carga-

mento, y reconocida la culpa del Capitán Vinjoy en los términos que quedan expresados, hay que comprender dicho daño entre los excesos á que alude el art. 624 del Código de Comercio, cuya disposición releva en tales casos al naviero de toda responsabilidad, mediante lo cual, al no estimarlo así la sentencia recurrida, infringe dicho texto legal, citado en el segundo fundamento del recurso:

Considerando, respecto á la cuantía de los daños y perjuicios reclamados, que si bien puede desde luego determinarse el importe de los ocasionados en la red ó aparejo que rompió el vapor *Molina*, como aparece de la sentencia impugnada, no sucede lo mismo en cuanto á la sardina objeto de la pesca, por no estar aún aprehendida y asegurada para los demandantes toda la que hubiera en el Cedazo en los momentos de la embestida de dicho buque, por cuya razón carece de sólido fundamento la valoración de este daño y perjuicios consiguientes que establece el fallo recurrido, el cual por lo tanto infringe la doctrina legal que se invoca en el cuarto motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la razón social *J. Roca y Compañía*, de Barcelona, y D. Aquilino Vinjoy Martínez, contra la sentencia que en 9 de Mayo de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en cuanto por ella se condena á la referida razón social J. Roca y compañía á que mancomunada y solidariamente con el Capitán del vapor *Molina* D. Aquilino Vinjoy pague á los demandantes las cantidades que se mencionan, y se fija en 50.400 rs. el valor de la sardina fugada de la red cuando ésta fué rota por el expresado buque, con lo demas que se ordena para la apreciación de los perjuicios que por pérdida de utilidades declara dicha sentencia haber sufrido la Sociedad *Maristany hermanos*, en cuyos únicos extremos casamos y anulamos la mencionada sentencia, y no ha lugar á dicho recurso en los demás que comprende, y devuélvase á los recurrentes el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 9 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Agosto del mismo año.)

9

Recurso de casación (9 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—ENTREGA DE EFECTOS PÚBLICOS.—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad *Crédito Navarro* con los Síndicos del concurso de D. José Antonio Aristi (Aud. de Pamplona), y se resuelve:

1° *Que conforme á la ley* 41, *tít.* 13, *Partida* 5ª, *el acreedor no puede vender la prenda que se le hubiese dado en garantía del préstamo al vencimiento del plazo, si no se ha pactado esta facultad expresamente en el contrato, y aun en este caso, dicha ley exige que las enajenaciones á que respectivamente se refieren sean hechas con ciertas formalidades; y por tanto, la sentencia al declarar nula la venta hecha sin ellas con arreglo á la ley* 43 *del mismo título y Partida, no infringe dicha ley, ni las* 1ª *y* 2ª, *tít.* 29, *libro* 8° *del Código de Justiniano reformadas por el art.* 37 *de la ley de Bolsa de* 8 *de Febrero de* 1854; *la de* 30 *de Marzo de* 1861, *en su art.* 1° *y el art.* 4° *del decreto de* 12 *de Enero de* 1869:

2° *Que tampoco infringe las leyes del tít.* 30, *libro* 8° *del Código de Justiniano, puesto que tratándose de restituir á una masa concursada valores que á ella pertenecen, los Síndicos demandantes tienen todas*

las acciones que por derecho corresponderían al concursado y las que por la ley les competen por razón de su cargo;

Y 3° Que no es de estimar el motivo de casación que se dirige contra los razonamientos de la sentencia.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Enero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Pamplona y en la Sala de justicia de la Audiencia del mismo territorio por los Síndicos del concurso voluntario de acreedores de D. José Antonio Aristi con la Sociedad *Crédito Navarro*, domiciliada en dicha ciudad, sobre entrega de varias acciones y efectos públicos y pago de cantidades; autos que penden ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de la Sociedad Crédito Navarro por el Procurador D. Manuel María Villar, bajo la dirección del Licenciado D. Estanislao Figueras; habiendo representado y defendido á los Síndicos del concurso de Aristi el Procurador D. José García Noblejas y el Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo:

Resultando que en los autos de concurso voluntario de D. José Antonio Aristi se dedujo por la comisión gestora nombrada en junta general de acreedores una reclamación contra la Sociedad mercantil denominada Crédito Navarro para que ésta entregase á los Síndicos del concurso 75 acciones de la misma Sociedad y otros efectos públicos depositados judicialmente en su poder y á su instancia y pertenecientes al concursado, y de no ser esto posible el valor total de las mismas y los dividendos y productos vencidos y no satisfechos al día de la liquidación y entrega, tomando á cuenta 18.000 reales, según lo acordado en el estado de deudas y graduación de acreedores formada por la comisión del mismo concurso, y que se dispusiera el cumplimiento de una providencia de 20 de Diciembre de 1880, por la que se mandaba la entrega de esos valores: que acordado por el Juez que se proveería cuando la parte instante manifestase la acción que ejercitaba, la citada comisión gestora presentó nuevo escrito, en el que ampliando la demanda, expuso: que ejercitando la acción de nulidad de la venta de las referidas acciones y efectos públicos realizada por la Sociedad demandada y la personal correspondiente, deducía por los fundamentos alegados demanda ordinaria de mayor cuantía contra la expresada Sociedad, formándose en su virtud pieza separada para conocer de dicha reclamación, y que reproducía los hechos y fundamentos de su anterior escrito, á saber: que en 21 de Julio de 1870 el Administrador del Crédito Navarro solicitó el embargo, además de otros bienes de D. José Antonio Aristi, del dinero, valores, papeles y libros que se encontrasen en su escritorio y habitación, como así se acordó en 26 del propio mes y año: que á petición del mismo Administrador, en 4 de Agosto siguiente se abrió la cartera de Aristi, en la cual figuraban los resguardos de las 75 acciones y demás efectos objeto de la reclamación de los autos, cuyos documentos por acuerdo de los asistentes se unieron á la pieza de embargo: que en el mes de Mayo de 1871 dirigió desde Méjico Don José Antonio Aristi al Juzgado un oficio presentándose en concurso, oficio que se recibió en 19 de Julio del mismo año, y al siguiente día se libró exhorto á Méjico para la ratificación del concursado; exhorto que no se devolvió hasta el 7 de Marzo de 1873, y en 15 de los mismos mes y año se declaró á Aristi en concurso voluntario, ratificándose el embargo practicado en la causa que contra él se siguió á petición del Crédito Navarro, quedando afectos los bienes embargados en primer tér-

mino á la responsabilidad del proceso, y después á cubrir sus deudas por el orden legal: que en 20 de Marzo de 1878 convinieron los acreedores, y entre éstos el apoderado del Crédito, en transigir las cuestiones pendientes en la forma que se determinó: que sobreseída en 1º de Mayo de 1880 la causa seguida contra Aristi por fallecimiento de éste, se acordó que la pieza de embargo se uniese definitivamente al concurso y los valores embargados á petición del Crédito y depositados en la misma Sociedad, según aparece de los resguardos, continuaron en ese estado hasta el día 20 de Diciembre del mismo año, en que se mandaron desglosar aquéllos, dándose las órdenes oportunas para la entrega: que en el propio mes se ofició á la Sociedad al indicado efecto, y en 4 de Enero de 1881 contestó que desde el 11 de Setiembre de 1871 no existe en la Sociedad otro depósito perteneciente á Aristi que el de 25 acciones afectas á su cargo de individuo de la Junta, que desempeñó desde la creación hasta su ausencia, y 17.801 reales y 75 céntimos, como sobrante de la enajenación de dichas acciones y efectos públicos, que igualmente tenía pignorados á dos préstamos, con cuya enajenación se cubrió el capital é intereses de ambos, dejando el excedente indicado; y que habiéndose formado por los Síndicos los estados relativos al concurso, en los que figuran como acreedores de dominio por acciones depositadas en la Sociedad varios interesados, se acordó la entrega de las acciones á sus dueños, pagando previamente los 18.000 reales á que estaban sujetas; exponiendo los fundamentos legales que estimó conducentes para demostrar la nulidad de esa venta y la obligación de que se hallba la Sociedad demandada de devolver aquellos valores ó su estimación con los productos y dividendos; y concluyeron solicitando se declarasen nulas y de ningún valor ni efecto las ventas que la Sociedad Crédito Navarro decía haber hecho de las 50 acciones y efectos públicos que en su poder tenía judicialmente depositadas y constaban de los resguardos presentados; condenándola, en su consecuencia, á hacer entrega de unos y otros dividendos, intereses, etc., en la forma solicitada en su escrito anterior, con todas las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á la Sociedad Crédito Navarro, lo evacuó exponiendo que en 6 de Setiembre de 1865 tomó en préstamo D. José Antonio Aristi de la Sociedad 18.000 rs., dejando como prenda ó garantía del cumplimiento de la obligación 50 acciones de la misma Sociedad; préstamo que sufrió varias renovaciones siendo la última en 7 de Junio de 1870; que en 5 de Julio de 1869 dicho Aristi tomó otro préstamo de 24 000 rs. con garantía de varios valores del Estado, que también fué renovado por última vez en 2 de Abril de 1870: que además, abusando del carácter que le daba al cargo de Vocal de la Junta de gobierno de la Sociedad, descontó otros varios pagarés por valor de 594 000 rs., con la garantía de su padre D. Francisco, y habiendo negado éste la legitimidad de la firma, se fugó D. José Antonio Aristi, á quien se le formó causa criminal por estafa, que fué archivada por la ausencia de aquél: que en tal estado, la Sociedad encargó al Corredor de la plaza D. Ramón Samaniego la enajenación de las prendas ó garantías que respondían del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el citado D. José Antonio; operación que se llevó á cabo por el Corredor en 11 de Setiembre de 1871, y practicadas las liquidaciones correspondientes, resultó un sobrante, que se ponía á disposición del Juzgado, aunque podía discutirse si la Sociedad tenía facultades para no entregarlo; en atención á los hechos expuestos y á los

fundamentos legales aducidos por la Sociedad demandada para demostrar la naturaleza de las garantías prestadas por D. José Antonio Aristi, y la facultad que en determinados casos existía al acreedor para vender las prendas, se pidió por dicha Sociedad se la absolviese libremente de la demanda, imponiendo á la parte contraria perpetuo silencio y las costas del litigio:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes reproduciendo sus anteriores pretensiones, se recibió el pleito á prueba, practicándose las que aquéllas propusieron; y dictada sentencia por el Juez, de la que interpuso apelación la demandante, sustanciada la alzada, la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona por sentencia de 28 de Junio de 1882, revocando la apelada, declaró nula y de ningún valor la enajenación realizada por el Corredor de la ciudad de Pamplona D. Ramón Samaniego de las 50 acciones y efectos públicos consignados en el documento folio 24, librada por el mismo en 11 de Setiembre de 1871, y en los resguardos folios 6 y 7 de 6 de Octubre de 1865 y 3 del mismo mes de 1869 por la Sociedad demandada; y en su consecuencia, condenó á la entrega á la Sindicatura demandante de unos y otros, y no siendo posible, el valor total y efectivo de las mismas y los dividendos y productos vencidos y no satisfechos el día de la liquidación y entrega, tomando á cuenta 18.000 rs., ó sean 4.500 pesetas, según lo acordado en el estado de deudas y graduación de créditos; y no ha lugar á disponer el cumplimiento solicitado en la demanda de la providencia de 20 de Diciembre de 1880, dictada en los referidos autos de concurso, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que por parte de la Sociedad Crédito Navarro se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º Las leyes 41, tít. 13, Partida 5ª; 1ª y 2ª, tít. 29, libro 8º del Código de Justiniano, reformadas por el art. 37 de la ley de Bolsa de 8 de Febrero de 1854; la de 30 de Marzo de 1861, en su art. 1º, y el decreto de 12 de Enero de 1869, art. 4º, también infringidas al declarar nula la venta de las acciones y efectos públicos que realizó el Crédito Navarro y que le habían sido entregados en prenda por D. José Antonio Aristi, siendo así que á tenor de lo dispuesto en las disposiciones citadas son válidas y eficaces por haberse cumplido todas las formalidades por los mismos establecidas:

2º Lo dispuesto en las cinco leyes que componen el tít. 30, libro 8º del Código de Justiniano, en cuanto la sentencia recurrida concede acción á los Síndicos del Concurso de D. José Antonio Aristi en representación de éste para hacer reclamaciones al acreedor pignoraticio que ha procedido á la venta de las prendas llegado el vencimiento del plazo, sin embargo de declarar que no ha mediado dolo, y las referidas leyes sólo se lo conceden al dueño de la prenda cuando en la operación ha mediado este vicio:

3º La ley 22, tít. 13, Partida 5ª, y su concordante la ley única del tít. 27, libro 8º del Código de Justiniano, en cuanto el fallo recurrido condena á la Sociedad Crédito Navarro á devolver las acciones y demás efectos públicos que tenía en prenda, mediante el abono de sus créditos, y sin embargo de quedar pendiente otro de 24.000 rs., también objeto de la prenda, que se manda devolver, y otro de 594.000 rs., producto de la estafa cometida por el deudor; y las leyes citadas autorizan al acreedor pignoraticio para retener en su poder la cosa dada en prenda cuando el deudor debiera otras cantidades, con carta sin peños, aunque no le fuera obligado por las otras deudas indicadas:

4° Que se había cometido error de hecho en la sentencia al apreciar que no está justificada la razón que hubo para prescindir de la formalidad del aviso al vender el Crédito Navarro los repetidos valores; error que se comprueba con el apuntamiento é infinidad de actos auténticos obrantes en los autos, y especialmente por ser hechos consignados por esta parte, que nunca fueron desmentidos por la contraria:

5° Que incurría en contradicción la sentencia en su parte dispositiva, pues á la vez que manda á los Síndicos del concurso abonar los 18.000 reales, importe del préstamo, á que estaban afectas las 50 acciones dadas en prenda, nada decía de los 24.000 rs., garantizados con los demás efectos públicos, siendo así que también los manda devolver y que ambas garantías están en idénticas condiciones y han sido objeto del pleito:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que conforme á la ley 41, tít. 13, Partida 5ª, el acreedor no puede vender la prenda que se le hubiese dado en garantía del préstamo al vencimiento del plazo, si no se ha pactado esta facultad expresamente en el contrato, y aun en este caso, dicha ley y las demás citadas en el primer motivo exigen que las enajenaciones á que respectivamente se refieren sean hechas con formalidades que no ha llenado la Sociedad recurrente, la cual sin previo aviso al deudor se limitó á entregar los valores pignorados á un Corredor de comercio que llevó á efecto la venta sin publicidad y sin subasta, como era indispensable para la validez de la operación; y por tanto, la sentencia al declararla nula con arreglo á la ley 48 del mismo título y Partida no infringe las leyes invocadas en dicho motivo:

Considerando que tampoco infringe las leyes del tít. 30, libro 8° del Código del Justiniano, en el sentido que el recurrente sostiene en el segundo motivo, puesto que tratándose de restituir á la masa concursada de D. José Antonio Aristi valores que á ella pertenecen, los Síndicos demandantes tienen todas las acciones que por derecho corresponderían al concursado, las que por la ley les competen por razón de su cargo y además las que en el caso de autos les confirieron los acreedores, entre ellos el Crédito Navarro, en la transacción y convenio acordados en la junta de 20 de Mayo de 1878, aprobada por auto judicial de 4 de Enero de 1879

Considerando que son inoportunas las citas legales en que se funda el tercer motivo, porque entregados definitivamente al concurso de Aristi, los bienes que se le habían embargado para las resultas de la causa criminal que se le formó á instancia del Crédito Navarro, en que se comprenden los resguardos de las acciones y valores de que se trata, la sentencia recurrida, al condenar al recurrente á su entrega ó su estimación con productos y dividendos, deducido tan sólo el crédito pignoraticio de 18.000 reales, tuvo en cuenta la calificación y graduación realizada por la comisión de derecho, y presentada al Juzgado en 29 de Abril de 1880, según la cual dicha Sociedad fué colocada entre los acreedores comunes por las demás deudas que representaba, declarándose que había de cobrarlos después de pagados todos los demás acreedores á prorrata, y sin distinción de fechas, razón por la cual no ha incurrido la Sala sentenciadora en la contradicción que se le atribuye en el quinto motivo:

Considerando, finalmente, que no es de estimar el cuarto motivo, porque se dirige contra uno de los razonamientos de la sentencia, que no es por otra parte fundamental del fallo recurrido, como no es la fal-

ta de aviso al deudor la única informalidad que invalida la venta de los valores y efectos pignorados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Sociedad *Crédito Navarro*, á la que condenamos en las costas: librese á la Audiencia de Pamplona la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 9 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Agosto del mismo año.)

10

Recurso de casación (10 *de Enero de* 1883).—*Sala primera*.—NEGACIÓN DE SERVIDUMBRE.—ABONO DE COSTAS.—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio de las Casas Lorenzo con D. José Ana Rodríguez (Audiencia de Las Palmas), y se resuelve:

1º *Que la sentencia que absuelve de la demanda por acción negatoria de servidumbre de paso no infringe la ley* 14, *tit.* 31, *Partida* 3ª, *porque es verdadero pacto, no sólo el que se constituye por el consentimiento expreso, sino también por el tácito, y este existió, á juicio de la Sala sentenciadora, en favor de la servidumbre al partirse la finca, por estar probado que para el cultivo y disfrute de una de las mitades, era forzoso entrar y salir por la otra, y que así se había entendido por los actos posteriores de los interesados, sin que contra estas apreciaciones se haya expuesto infracción de ninguna especie:*

2º *Que tampoco infringe la ley* 15 *del mismo título y Partida, porque si bien la acción negatoria en las servidumbres discontínuas tiene una duración proporcionada al tiempo que ellas requieren para ganarse por prescripción, en el presente caso se trata, no de un derecho adquirido por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al partirse la misma;*

Y 3º *Que por la misma razón no infringe el principio inconcuso de derecho de que la limitación de dominio no se presume, siendo necesario que conste expresamente, y la jurisprudencia confirmatoria de este principio, puesto que la existencia de la servidumbre objeto de la cuestión no se funda en fórmulas generales usadas en los contratos de enajenación, sino que se concreta y determina por virtud de lo convenido en la división.*

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Santa Cruz de la Palma y en la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas por Don Antonio de las Casas Lorenzo, continuado por su defunción por Don Tomás Lorenzo Calero, Doña Carolina Fernández Ferraz, D. León de las casas Fernández y D. Antonio de las Casas y de las Casas, representados por el Procurador D. Francisco Egea y Gómez, bajo la dirección del Licenciado D. Ricardo de Guillerna, con D. José Ana Rodríguez González, y por su defunción con su viuda Doña María de los Dolores Pérez, por sí y como madre y legítima representante de los menores D. José, Doña Rosario, Doña Dolores, Doña María de las Nieves y Doña Pilar Rodríguez y Pérez, y en su nombre el Procurador D. Ignacio Santiago y Sánchez, dirigido por el Licenciado D. Máximo Caballero, sobre negación de servidumbre y abono de costas, daños y perjuicios ocasionados por un interdicto:

Resultando que los hermanos D. Mariano y D. Manuel Lorenzo de Fuentes poseyeron en común durante su vida la dehesa de la Encarnación, sita en Santa Cruz de la Palma, habiéndose dividido por mitad entre sus respectivos herederos en el año de 1825: que Doña Rita de Paz y Doña Josefa Mascarreño, á quienes se adjudicó una de ellas, como herederas de D. Mariano, la vendieron á D. Francisco Nasco en escritura de 17 de Diciembre de 1827, con todas sus entradas y salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres: que por fallecimiento de Nasco se adjudicó dicha mitad á su viuda Doña Daría Rafaela Pérez, la cual por escritura de 21 de Febrero de 1845 la vendió á D. José Antonio Rodríguez en los mismos términos expresados en la venta de 1827; y que por muerte de este último adquirente pasó á sus hijos D. Ignacio y D. José Ana Rodríguez González:

Resultando que esta mitad de la dehesa linda por Sur y Oeste con tierras de D. Manel Cerezo y Riverol, por Norte con tierras de los herederos de D. Mariano Lorenzo, y por Este con terrenos de otros propietarios y con la otra mitad de la dehesa que se adjudicó á los herederos de D. Manuel Lorenzo, viniendo á pasar al dominio de D. Antonio de las Casas, demandante en este pleito, y de sus hermanos, teniendo por linderos al Norte el barranco de Maldonado, al Este un camino público, al Sur el barranquillo de Mondoño y al Oeste terrenos de otros propietarios y la otra mitad de la dehesa:

Resultando que D. José Ana Rodríguez y González, dueño de la mitad de la dehesa que correspondió á los herederos de D. Mariano Lorenzo, dedujo en 22 de Diciembre de 1876 interdicto de recobrar la posesión en que se hallaba de una servidumbre de paso para personas y ganados sobre la mitad de la dehesa que pertenecía á D. Antonio de las Casas Lorenzo, por quien había sido despojado; y que sustanciado sin audiencia del despojante, se dictó auto restitutorio en 3 de Enero de 1877, que se llevó á efecto:

Resultando que en uso de la reserva que se hizo en este interdicto interpuso D. Antonio de las Casas Lorenzo la demanda objeto de este pleito contra D. José Ana Rodríguez, en la que ejercitando la acción real negatoria de servidumbre, solicitó se declarase que la parte de la dehesa de la Encarnación que poseía en unión de sus hermanos, no estaba sujeta á servidumbre alguna de tránsito en favor de la otra parte de la propiedad del demandado D. José Ana Rodríguez, y se condenase en su consecuencia á éste á que se abstuviese de transitar por la supuesta servidumbre y á la restitución de las costas, daños y perjuicios seguidos con el interdicto; alegando para ello que en la división de la dehesa en el año 1825 entre los herederos de los hermanos D. Manuel y Mariano Lorenzo de Fuentes no se constituyó servidumbre sobre ninguna de las dos mitades en que fué dividida, ni se estableció condición ni pacto que limitase en manera alguna el derecho de propiedad; por lo que ambos predios habían sido siempre libres de todo gravamen el uno respecto del otro, y que en cuplimiento del auto restitutorio obtenido por el demandado, se había venido á establecer una servidumbre de tránsito que atravesaba el predio del demandante y que le obliga á destruir las paredes é inutilizar los trabajos hechos, con grave perjuicio de sus intereses:

Resultando que el demandado impugnó la demanda, sosteniendo que tanto los hermanos D. Mariano y D. Manuel Lorenzo de Fuentes, como los anteriores dueños de la dehesa de la Encarnación, se servían

para el paso de las personas y del ganado para llegar á la casa que había quedado en la mitad perteneciente al demandado de la misma servidumbre de tránsito recuperada por el interdicto: que las herederas de D. Mariano Lorenzo, Doña Rita de Paz y Doña Josefa Mascarreño, continuaron en el uso no interrumpido de dicha servidumbre después que se dividió la finca entre ellas y los herederos de D. Manuel en el año de 1825: que la mitad de la indicada dehesa perteneciente al demandado no tenía por límites ningún camino público, sino terrenos de particulares, por cuya razón nunca se había entrado en ella más que por la otra mitad perteneciente al demandante; y que tanto el demandado y su hermano D. Ignacio, como sus causantes, habían estado siempre en quieta y pacifica posesión de la servidumbre hasta que fueron privados de ella por los actores de D. Antonio de las Casas, que dieron lugar al interdicto:

Resultando que suministrada por las partes prueba de testigos y de inspección ocular, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que fué confirmada por la Sala de justicia de la Audiencia de las Palmas en 10 de Octubre de 1879, absolviendo á Doña Marría de los Dolores Pérez, viuda de D. José Ana Rodríguez González, por sí y en representación de sus menores hijos D. José, Doña Rosario, Doña Dolores, Doña Nieves y Doña Pilar, de la demanda interpuesta por D. Antonio de las Casas Lorenzo:

Resultando que D. Antonio de las Casas Lorenzo interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º La ley 14, tít. 31, Partida 3ª, que señala las tres maneras de constituirse toda servidumbre, y la jurisprudencia repetidísima de este Tribunal Supremo, consignada, entre otras sentencias, en las de 23 de Junio de 1862, 27 de Diciembre de 1871 y 26 de Octubre de 1865, que declaran que para exigir el cumplimiento de una servidumbre es necesario acreditar que se halla constituída por uno de los medios establecidos en la ley citada; toda vez que según aparecía en los hechos consignados en los resultandos de la sentencia recurrida, la servidumbre de paso impuesta al recurrente sobre la finca que posee no se constituyó ni por testamento, ni por contrato, ni por uso:

2º La ley 15, tít. 31, Partida 3ª, en la parte que dispone que para ganar por tiempo las servidumbres discontinuas, así como senda, carrera ó via que hubiese en heredad, há menester que haya usado de ellas, ellos ó aquéllós de quien las oviesen, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes cuánto há que las comenzaron; y las sentencias de casación de 9 de Noviembre de 1865 y 12 de Junio de 1866; puesto que se atribuia por la sentencia á los actos de tolerancia del recurrente una fuerza y valor á favor del supuesto derecho de servidumbre, que bajo ningún concepto pueden nunca tener con arreglo á lo que en la citada ley se establece;

Y 3º El principio inconcuso de derecho de que la limitación de dominio no se presume, siendo necesario que conste expresamente, y la jurisprudencia confirmatoria de este principio, contenida en las sentencias de este Supremo Tribunal de 23 de Junio de 1872, 7 de Abril de 1864, 30 de Junio del mismo año y especialmente en la de 22 de Diciembre de 1870, en la que á la letra se dice que la cláusula general consignada en un contrato de compra-venta, de venderse la cosa con las entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres, no es suficiente para probar la existencia de una servidumbre particular que no se

menciona expresamente; puesto que no existía en el pleito manifestación alguna expresa para poder declarar constituída la servidumbre de paso, ni por lo tanto la determinación clara y precisa que exigían los principios más inconcusos de derecho para que el dominio se limite:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe la ley citada en el primer motivo, porque es verdadero pacto, no sólo el que se constituye por el consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existió á juicio de la Sala sentenciadora, en favor de la servidumbre al partirse la finca en 1825, por estar probado que para el cultivo y disfrute de una de las mitades, era forzoso entrar y salir por la otra, y que así se había entendido por los actos posteriores de los interesados hasta 1876, sin que contra estas apreciaciones se haya expuesto infracción de ninguna especie:

Considerando que tampoco infringe la ley invocada en el segundo motivo, porque si bien la acción negatoria en las servidumbres discontinuas tiene una duración proporcionada al tiempo que ellas requieren para ganarse por prescripción, en el presente caso se trata, no de un derecho adquirido por el uso, sino en fuerza del convenio realizado en la expresada fecha de 1825:

Considerando que por la misma razón no infringe la doctrina alegada en el tercer motivo, puesto que la existencia de la servidumbre objeto de la cuestión no se funda en fórmulas generales, usadas en los contratos de enajenación, sino que se concreta y determina por virtud de lo convenido en el repetido año de 1825;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio de las Casas Lorenzo y continuado por su defunción por los herederos D. Tomás Lorenzo Calero, Doña Carolina Fernández Ferráz, D. León de las Casas Fernández y D. Antonio de las Casas y de las Casas, á quienes condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito de 1.000 pesetas que tienen constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Las Palmas la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido —(Sentencia publicada el 10 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Agosto del mismo año.)

11

Recurso de casación (11 *de Enero de* 1883) —*Sala primera.*— Nulidad de un acto de conciliación.—Ha lugar al interpuesto por Don Juan Arturo Malibrán con D. Manuel Sánchez García (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que según las leyes* 11, *tit.* 2°, *Partida* 3ª, *y* 4ª, *tít.* 11, *Partida* 5ª, *los menores de* 25 *años no pueden ser demandados en juicio ni contraer obligación alguna sin la concurrencia y otorgamiento de su guardador, no debiendo valer el juicio ni la obligación en que intervengan por sí solos, sino en aquello que sea á su pro ó pueda favorecerles;*

Y 2° *Que para la declaración de dicha nulidad no obsta el que no se presentara la demanda dentro de los ocho dias que fija el art.* 217 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 1855, *por la que se rigió el acto de que se trata, porque este artículo sólo se refiere á la nulidad de lo convenido, en el supuesto de ser válido el acto de conciliación, y no á los*

vicios que invalidan el mismo acto, dejándolo sin efecto legal; por lo cual y porque la referida disposición no puede estimarse como derogatoria de las leyes que determinan la capacidad de los otorgantes y los efectos civiles de los convenios celebrados por los menores de edad sin el otorgamiento de su guardador, no tiene aplicación al caso de este pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Enero de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta misma corte por Don Juan Arturo Malibrán y Antel, empleado, y hoy por su fallecimiento su viuda Doña Dolores Marinón, en representación de su hijo menor Don Alfredo Malibrán, con D. Manuel Sánchez García, Agente de negocios, vecinos ambos de esta capital, sobre nulidad de un acto de conciliación; pleito pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Julio Seguí y el Procurador D. Hilario Dago y Cuchillero, en defensa ó representación del demandante; habiendo comparecido en nombre de la parte recurrida el Procurador D. Francisco Egea, bajo la dirección del Licenciado D. Senén Canido:

Resultando que en acto de conciliación celebrado en 16 de Mayo de 1879 en el Juzgado municipal del distrito de la Inclusa de esta corte reconocieron D. Luis Fernández y D. Alfredo Malibrán que eran en deber á D. Manuel Sánchez García 8.500 rs., procedentes de adelantos para alimentos y otras urgencias, y obligándose mancomunada y solidariamente á pagarlos con 320 rs. mensuales de sus sueldos de Alféreces de infantería ó de cualquier otro mayor ó menor que en lo sucesivo pudieran obtener, proposición con que se conformó el demandante, dándose por terminado el acto:

Resultando que en 11 de Noviembre de 1881 dedujo demanda Don Juan Malibran y Antel, padre de D. Alfredo, con la solicitud de que se declare nulo y sin ningún valor ni efecto el acto de conciliación referido, condenando á D. Manuel Sánchez García á la devolución de las cantidades que hubiese recibido de D. Alfredo en cumplimiento de lo convenido en dicho acto, con el interés del 6 por 100 anual; á cuyo efecto alegó que su hijo Alfredo contaba sólo 20 años y pico cuando celebró el indicado acto, y que acudió á él sin la asistencia, autorización ni conocimiento de curador; é invocó las leyes 11, tít. 2°, Partida 3ª, y 4ª, tít. 9°, Partida 5ª, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, especialmente la establecida en sentencia de 17 de Diciembre de 1880:

Resultando que D. Manuel Sánchez García impugnó la demanda, porque tanto D. Alfredo como D. Luis Fernández, habían dicho que eran mayores de edad y representaban serlo; y que á pesar de no haber cumplido D. Alfredo el convenio celebrado, no había pasado el demandado oficio de retención y le había recibido las cantidades que le había entregado á cuenta, importantes menos de la mitad del préstamo; é invocando como preceptos legales los de las leyes 4ª, tít. 11, Partida 5ª, y 3ª, tít. 1° y demás concordantes de la misma Partida 6ª, tít. 19, Partida 6ª, art. 217 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y 477 de la moderna, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 1865:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta Corte dictó sentencia revocatoria en 6 de Junio del año último, absolviendo á D. Manuel Sánchez García de la demanda interpuesta por Don

Juan Malibrán y Antel, y declarando subsistente y con todo su valor y efecto lo convenido en el acto de conciliacion celebrado entre Sánchez y D. Alfredo Malibrán en 16 de Mayo de 1879:

Resultando que D. Juan Arturo Malibrán interpuso recurso de casasión por considerar idfringidos:

1° El art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, por razón de la incongruencia que existe entre la sentencia y la demanda, puesto que se desestima ésta en atención al precepto de la segunda parte del artículo 217 de la antigua ley procesal, que ordenaba que contra lo convenido en acto de conciliación sólo se admitiría la demanda de nulidad dentro de los ocho dias de la celebración del acto; olvidando que la demanda interpuesta no se dirige contra lo convenido en el acto de conciliación discutido, sino contra el acta misma:

2° El art. 217 de la antigua ley de Enjucitmiento civil, como indebidamente aplicada al caso de autos, puesto que se refiere precisamente á las demandas de nulidad presentadas contra lo convenido en acto de conciliación por alguna de las causas por que se invalidan los contratos, partiendo del supuesto que el acto de conciliación fuera válido por revestir las formas y condiciones que exige la ley, pero no en el caso de este pleito en que se trata del acto en sí y no del convenido:

3° En el supuesto de que se tratara de lo convenido en el acto de conciliación, y por lo tanto de que fuese aplicable la segunda parte del citado art. 217, el principio de derecho inconcuso de que contra los ausentes y los que no tuvieren conocimiento del hecho no pueden correr los plazos sino desde el momento en que llegó á su noticia; puesto que es evidente que el recurrente se hallaba fuera de Madrid al comparecer su hijo en el acto de conciliación, é ignoraba por completo este hecho:

4° Elart. 12 de la citada ley de Enjuiciamiento civil antigua, en virtud del cual no podía el menor D. Alfredo Malibrán comparecer en el acto de conciliación de que se trata sino representado y asistido por su padre, por tratarse de un acto judicial por sus consecuencias, según tiene declarado este Tribunal Supremo en repetidas sentencias, especialmente en la de 17 de Diciembre de 1880; por virtud de cuya circunstancia adolece dicho acto de un vicio de nulidad que le priva de que surta efectos legales, y debe considerarse sin efecto lo que en él se combinó como no celebrado:

5° La ley 11, tít. 2°, Partida 3ª, que declara que el menor seyendo alguno de edad de 25 años non puede facer contra él demanda ninguna en juicio á menos que sea delante aquel que lo ha de guardar é á sus bienes; puesto que habiendo sido demandadó el menor D. Alfredo y no delante de su padre el recurrente ni con su permiso, autorización ni aún conocimiento, es nula la comparecencia en el acto de conciliación; no siendo por otra parte posible que una ley sustantiva pueda en ningún caso anularse por una de procedimiento, que como se deja demostrado no es de aplicación al caso del pleito:

6° La ley 4ª, tít. 11, Partida 5ª, que dispone que no pueden prometer ni es válida la obligación que contrae el mayor de 14 años y menor de 25 que tiene guardador, más que en aquella cuantía que le fuese favorable por redundar en su pro y por nada más; doctrina que en unión de la expuesta en el número anterior ha confirmado este Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Diciembre de 1880, en que se declaró que desde el momento en que el menor celebró el acto de conciliación judi-

cial por sus consecuencias, sin la asistencia de su curador, no pudo tener valor alguno, porque no debió de haberse efectuado aquella comparecencia, y no es posible suponer, porque sería un absurdo jurídico, que á un acto que es nulo y que nunca pudo ser válido ni causar efecto alguno, pudiera darle validez un precepto de la ley de procedimiento, que podría tener valor hasta tanto que no se ponga en contradicción con los principios más fundamentales del derecho:

7º La doctrina legal consignada en las sentencias de casación de 17 de Abril y 17 de Diciembre de 1880; pues habiéndose tratado en la primera de ellas en un caso en que se presentó una demanda de nulidad contra un acto de conciliación en que un curador transigió y se convino en una cuestión pendiente de bienes de menores, después de transcurridos varios meses desde la celebración de dicho acto, se declaró por este Tribunal Supremo que al decretar el fallo recurrido la nulidad de la transacción estipulada en el acto conciliatorio que celebró D. Ramón Marrero, como curador de los menores hijos de D. Juan Nepomuceno, con D. Alejandro Hevia por carecer aquél de la autorización judicial necesaria según las leyes para transigir sobre bienes de menores, no ha infringido el art. 217 de la ley de Enjuiciamiento civil, único que se invoca en apoyo del recurso, y que no puede suponerse en contradicción con las disposiciones que contiene el art. 1401 y siguientes de la misma ley:

Y 8º El principio inconcuso de que el tiempo no corre contra los menores para deducir las acciones que les competan durante su minoridad y cuatro años depués, según preceptúan diversas leyes de Partida, especialmente la 8ª, tít. 29, Partida 3ª, y la 9ª, tít. 19, Partida 6ª:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que según las leyes 11, tít. 2º, Partida 3ª y 4ª, tit. 11, Partida 5ª, los menores de 25 años no pueden ser demandados en juicio ni contraer obligación alguna sin la concurrencia y otorgamiento de su guardador, no debiendo valer el juicio ni la obligación en que intervengan por sí solos, sino en aquello que sea á su pro ó pueda favorecerle:

Considerando que D. Alfredo Malibrán era menor de 25 años cuando en 16 de Mayo de 1879 celebró con D. Manuel Sánchez García el acto de conciliación de que se trata, sin que concurriera su guardador ó la persona que debía suplir su incapacidad, con arreglo á derecho; y por consiguiente, conforme á las leyes antes citadas, fué nulo dicho acto de carácter y efectos judiciales por haber mediado convenio, y nula también la obligación que en él contrajo dicho menor en su perjuicio:

Considerando que para la declaración de dicha nulidad no obsta el que no se presentara la demanda dentro de los ocho días que fija el artículo 217 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, por la que se rigió el acto de que se trata, porque este artículo sólo se refiere á la nulidad de lo convenido, en el supuesto de ser válido el acto de conciliación, y no á los vicios que invalidan el mismo acto, dejándolo sin efecto legal, por lo cual y porque la referida disposición no puede estimarse como derogatoria de las leyes que determinan la capacidad de los otorgantes y los efectos civiles de los convenios celebrados por los menores de edad sin el otorgamiento de su guardador, no tiene aplicación al caso de este pleito:

Considerando que por no haberlo estimado así la sentencia recurri-

da, infringe las leyes antes citadas, que entre los fundamentos del recurso se invocan por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Arturo Malibrán y Antel, en el concepto en que litiga; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 6 de Junio del año último dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte.—Sentencia publicada el 11 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Agosto del mismo año.)

12

Recurso de casación (12 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—REIVINDICACIÓN DE AGUAS.—Ha lugar al interpuesto por D. Carlos Marfori con D. Juan Miguel de Cueto (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que la ley de 13 *de Junio de* 1877 *establece como principio general en los artículos* 5° *y* 7° *que los predios superiores por donde discurren las aguas, ó los fronteros ó colindantes con el cauce, tienen sobre los inferiores derecho preferente al riego; principio que sólo se entiende limitado, según el art.* 8°, *cuando los dueños de estos poseen y disfrutan las aguas sin oposición por espacio de* 20 *años, ó cuando, conforme á los principios del derecho común, esta limitación se pacta entre los respectivos dueños.*

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación interpuesto por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Loja y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Antonio Lora y Pérez, administrador de los bienes de la testamentaría del Duque de Valencia, y D. Francisco Fonseca López de Vinuesa y D. Gonzalo Fernández de Córdoba, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Licenciado D. Saturnino Alvárez Bugallal, con D. Juan Miguel de Cuete y Rivero, representado por el Procurador D. Eusebio Casaes y Castro, dirigido por el Licenciado D. Francisco Silvela, sobre reivindicación de aguas:

Resultando que Bartolomé de Palma y María Alfonso, su mujer, vendieron á los consortes Juan de Herrera y Francisca Herrera de Aranda por escritura otorgada en Loja á 23 de Setiembre de 1505 en un cortijo de tierras calmas, de riego y de secano, en lo del Rincón de Alcaudique, término de aquella ciudad, que lindaba por una parte con el arroyo de Alcaudique desde la puente que estaba en los arroyos, y por otra por la falda del monte hasta dar vuelta al dicho arroyo, con todas sus entradas y salidas, derechos, usos y costumbres, por el precio de 130.000 maravedises:

Resultando que por otra escritura otorgada en la misma ciudad á 19 de Setiembre de 1589, los consortes D. Diego de Cárdenas y Doña María de Aranda de Herrera vendieron á Diego Ortega un cortijo y tierras en Alcaudique que la dicha Doña María de Aranda había heredado de sus padres D. Alonso de Herrera y Doña Beatriz de Pineda, en que habría 300 y 70 fanegas de tierra, poco más ó menos, de riego y secano, que lindaba con las tierras de que hicieron mérito y con el arroyo de Alcaudique, vendiéndoselo con todas sus entradas y salidas, usos y costumbres, derechos y servidumbres, en precio de 5.000 ducados:

Resultando que D. Diego de Ortega Calvillo y Doña María Carrillo,

su mujer, fundaron por escritura de 24 de Diciembre de 1604 una vinculación por manda y mejora de tercio y quinto en cabeza de su hijo D. Manuel de Ortega Carrillo, que dotaron con varias fincas, y entre ellas un cortijo y tierras de labor, con sus casas, eras, árboles y todo lo que le pertenecía, que tenían en la contrata que decían de Alcaudique, término de Loja, que lindaba con el arroyo de Alcaudique y con otras fincas; otro cortijo y tierras que asimismo tenían en la misma contrata de Alcaudique, linde entre otros con el mismo arroyo de Alcaudique y con el prado del nacimiento de Manzanil, que habían habido y comprado de Doña Lucía de Domedel, y un haza de tierra, adquirida de Doña Francisca Fernández de Córdoba, que todo entraba en aquella donación para el vínculo, con todas sus entradas, usos y costumbres, derechos y servidumbres que le pertenecían, así de los riegos como en otra manera, porque parte de las tierras del cortijo principal de Alcaudique arriba declarado y deslindado eran de riego:

Resultando que D. Joaquín Fonseca, como apoderado del Conde de Villanueva de Cárdenas, poseedor entre otros bienes vinculados del cortijo y tierras que titulaban de Alcaudique, concedió licencia por escritura de 26 de Junio de 1828 al gremio de lanceros de Loja para que por espacio de seis años pudieran sacar la greda que necesitasen de un haza de tierra de secano que había en dicho cortijo, sin excederse á tomarla de otra parte; y para que el labrador de él no recibiera perjuicio, el año que tocase estar sembrada dicha haza se abstendrían de sacar la greda:

Resultando que el referido Conde de Villanueva de Cárdenas y Marqués de Villaseca concedió á D. José de Campos por escritura de 20 de Febrero de 1819 la licencia que necesitaba para construir una acequia para dar riego á varias tierras de su propiedad, sitas en el llano de Quntero, y que era indispensable atrevesara parte de las del cortijo de Alcaudique, que correspondía á los mayorazgos del otorgante por parte que confinaba con el arroyo del mismo nombre, con obligación de satisfacer anualmente el canon ó renta de 20 rs., tener bien reparado y corriente el canal y subsanar los perjuicios que de lo contrario se originasen:

Resultando que por escritura de 19 de Setiembre de 1838, el apoderado del Marqués de Villaseca y Conde de Villanueva de Cárdenas dió en arrendamiento á D. Antonio Joaquin Calvo y Garrido y á D. José Pérez Ordoñez el citado cortijo de Alcaudique y su agregado llamado de Arval y los Olivares que le eran anejos, con su casa, monte y huerto y demás, compuesto de las fanegas de tierra de secano qee había bajo sus límites y mojones, que designó, habiéndose otorgado otro arrendamiento semejánte de la mitad de dicho cortijo por fallecimiento de D. Antonio Joaquín Calvo á D. José Fernández Enciso en 1° de Octubre de 1841:

Resultando que en 3 de Octubre de 1843 otorgaron escritura en la ciudad de Loja D. Francisco de Campos y Varona y D. José Fernandez Enciso, como apoderado especial del Conde de Villanueva de Cárdenas y Marqués de Villaseca, en la que dijeron que el primero era poseedor de un cortijo, llamado del Nogal, partido de Alcaudique, cuyas tierras se regaban con el agua del arroyo que daba nombre á dicho partido, en el cual el Conde de Villanueva de Cárdenas poseía otro, denominado de Alcaudique, que tenía una acequia con el tomadero más bajo que el anteriormente referido del Nogal en el expresado arroyo, y habien-

do construído los labradores del cortijo de Alcaudique una acequia más alta, que podía utilizarse sin el menor perjuicio en los años abundantes de agua, en los que hubiera escasez, se gravarían sin duda las tierras de Campos, privándole de las aguas necesarias para su riego; y á fin de orillar este negocio sin necesidad de cuestión, convenían en que dicha acequia nuevamente extraída del citado arroyo de Alcaudique quedara subsistente, pero sin utilizarse sino cuando hubiera aguas sobrantes, después de regar D. Francisco de Campos las tierras que á la fecha de su creación tenía costumbre de beneficiar con dichas aguas, pues en las circunstancias de escasez, se utilizarían solamente las antiguas acequias referidas, según los recipientes ó tomaderos del arroyo que entonces tenían:

Resultando que dueño el Conde de Villanueva de Cárdenas, Marqués de Villaseca, del cortijo denominado de Alcaudique y su adherido de Albar, por virtud de la adjudicación que se le hizo en 24 de Octubre de 1851 al practicarse la división de todos los mayorazgos que poseía el anterior Conde, los vendió por escritura de 9 de Enero de 1861 á D. Ramón María Narváez, Duque de Valencia, consignando que según la medición hecha en 15 de Diciembre de 1823 resultaban que contenían 545 fanegas de tierra de regadío, labrantía de secano ó incultas, arbolado y olivares, y todas ellas ó las de que á la sazón constasen dichos cortijos, con todas sus entradas, salidas, aguas estantes y manantes, usos, costumbres y servidumbres, así como todas las mejoras que hubiesen adquirido, tales como los tenían y disfrutaban en arrendamiento D. Francisco de Córdoba y D. Francisco de Fonseca, se los vendía en concepto de libres en precio de 320.000 rs:

Resultando que D. Alfonso de Palomares y Doña María Zamora y Redondo, su mujer, fundaron un vínculo en cabeza de su hijo Don Francisco Alfonso de Palomares por escritura de 23 de Marzo de 1723, en la cual, además agregaron al que había fundado su hermana y cuñada Doña Antonia de Palomares una heredad de tierra calma y olivares de riego, que tenían en el partido de los Tundidores, término de aquella ciudad de Loja, que llamaban la casería de Télles, que se componía de 16 aranzadas y media, con su casa de Teja:

Resultando que autorizado D. Diego Jacinto Palomares por Real cédula de 10 de Marzo de 1794 para enajenar á censo reservativo la quinta de Telles, perteneciente al mayorazgo fundado por D. Diego Alfonso de Palomares, su abuelo, en 23 de Marzo de 1723, fué justipreciada por un Agrimensor que dijo que se componía de 28 aranzadas de tierra, parte de riego y parte de secano, con algunos olivos, que lindaba par Levante con tierras del vínculo de D. Diego Cárdenas y por el Sur con hacienda del Conde de Villanueva de Cárdenas; y por escritura de 11 de Junio de 1794 vendió á censo al quitar la repetida quinta á D. Diego Albolaña Palomares y Doña Francisca Ruiz Espejo:

Resultando que para pago de los réditos de este censo se procedió ejecutivamente por D. Félix María Palomares, como poseedor del vínculo fundado por D. Diego Alfonso Palomares contra los bienes y herederos de D. Diego Albolaña Palomares, y especialmente contra la referida quinta, que fué tasada en 23 de Octubre de 1818 por los peritos que se nombraron y que dijeron que se componía de 32 aranzadas y dos celemines, de ellas 26 y dos celemines pobladas de olivar, tres aranzados y cuatro celemines de tierra calma de riego con algunos frutales, y dos aranzadas y cuatro celemines pobladas de garrotal, y rematada por

D. José María de Campos y Mateo, se otorgó á su favor escritura de venta en 20 de Diciembre de 1819 por el Corregidor de Loja, expresándose que lindaba por Levante con el arroyo que venía de Plantano, tejar y tierras de D. Juan de Dios Albolafia, y Mediodía con tierra y olivar de D. Juan Muñoz, otras de los herederos de D. Juan Pedro López Cozar y con la de D. Miguel Cantero:

Resultando que por escritura de 18 de Enero de 1861, D. Fernando de Campos y Fernández de Córdoba dió en arrendamiento á Manuel Costilla Romero una casería de su pertenencia, nombrada de Telles, sita en el partido de los Tejares, del término de aquella ciudad de Loja, con su casa de teja y demás que comprendía, con la condición, entre otras, de que siendo propiedad de dicha finca las aguas que corrían á regar sus tierras de los nacimientos de Alcaudique y Plantano sería de cargo del arrendatario la limpieza y aseo de las acequias, desde los nacimientos hasta las tierras de la quinta, sin que para esta faena tuviera que ayudarle el propietario ni los labradores colindantes, á los cuales no consentiría bajo concepto ni pretexto alguno que tomasen para sus riegos el todo ni parte de las referidas aguas, y si lo consintieren, serían de su cargo todos los daños y perjuicios que pudieran sobrevenir, y quedaría por este sólo hecho á voluntad del dueño de la finca el que continuara ó no labrándola:

Resultando que D. Fernando de Campos y Fernández de Córdoba y su madre Doña María Concepción Fernández de Córdoba, con asistencia y licencia de su marido D. Carlos Marfori y Callejas, vendieron á Don Juan Miguel de Cueto y Rivero por escritura de 29 de Mayo de 1862 la quinta denominada de Telles, de cabida 34 y media aranzadas de tierra de riego, con las aguas de los nacimientos de Plantano, el arroyo de Alcaudique y los sobrantes del nacimiento de Manzanil, y además una haza, denominada de la Buitrera, agregada á dicha quinta, de 12 fanegas de tierra de cabida, seis de secano y seis de riego, con las indicadas aguas, formando pendiente; sita el todo de dicha finca en los partidos de Plantano y Alcaudique y lindante por Levante con el arroyo que venía de dicho Plantano, que la dividía de otras tierras del comprador; por Mediodía con olivar de éste y tierras del Conde de Villanueva de Cárdenas y de D. Pedro Cantero; por Poniente con la acequia del partido y olivar de Doña Carmen Enciso, y por el Norte con la carretera de Granada, con todas sus entradas y salidas, derechos y servidumbres, y el cargo de un censo, por el que satisfacían 20 reales de réditos anuales al Duque de Valencia:

Resultando que D. Juan Miguel de Cueto, en concepto de dueño de la quinta de Telles, con agregación de la de Buitrera y de la casería de los Tejares, dedujo en 26 de Julio de 1877 interdicto de recobrar la posesión en que se hallaba de las aguas del arroyo de Alcaudique y sobrantes del nacimiento del Manzanil para el riego de las mencionadas fincas, y de que había sido despojado por D. Francisco Fonseca López de Vinuesa y D. Gonzalo Fernández de Córdoba, colonos del cortijo de Alcaudique, invirtiéndolas en una pieza de tierra denominada la Chopera, recientemente roturada, que había estado siempre de secano y entonces se encontraba sembrada de maiz, y en el sitio denominado Cuartón del Horno, á pesar de que no tenían derecho al agua, porque sólo podían regar con ella parte del tercio del cortijo cuando de tres en tres años estaba de barbecho y además lo permitía la abundancia del arroyo, sin perjudicar en nada los terrenos inferiores de la quinta

de Telles y casería de los Tejares; y suministrada información testifical, sin audiencia de los despojantes por haber prestado fianza, se dictó sentencia restitutoria en 16 de Agosto de dicho año, que se llevó á efecto destruyendo los quebraderos ó roturas establecidos recientemente para regar tierras del cortijo de Alcaudique, y abonando los colonos de éste por costas y daños en que fueron condenados 1.277 pesetas:

Resultando que ejercitando la acción reivindicatoria de posesión y propiedad, y además la personal para el reintegro de sumas desembolsadas y daños y perjuicios sufridos y que se irrogasen, dedujeron en 11 de Marzo de 1878 el administrador de la testamentaría de D. Ramón María Narváez, y D. Francisco Fonseca López de Vinuesa y D. Gonzalo Fernández de Córdoba la demanda objeto de estos autos para que se declarase que á la testamentaría mencionada tocaban y pertenecían la posesión y propiedad de las aguas del arroyo de Alcaudique, procedentes de los nacimientos de la Zarzuela Pallares y Manzanil, dejando sin efecto el relacionado interdicto y condenando á D. Juan Miguel Cueto á que dejara las aguas mencionadas á la libre disposición de la testamentaría, á que restituyera á D. Gonzalo Fernández de Córdoba y Don Francisco Fonseca 1.277 pesetas 25 céntimos que abonaron en el citado juicio sumario por costas y perjuicios, así como á que pagase á los mismos el importe de los daños y perjuicios causados y que se originasen por virtud de la sentencia restitutoria que les privó de las aguas disputadas, y en todas las costas del litigio; alegando como hechos en apoyo de su pretensión que las tierras del cortijo de Alcaudique venían gozando en virtud de justos y legítimos títulos que partían desde la reconquista del beneficio del riego con agua de distintos veneros, conocidos con los nombres de la Zarzuela, Tajos del Tío Raya; Lillo, Raja de Criado, Pallares y Manzanil, los que en sus corrientes respectivas se utilizaban para el riego de los predios ribereños superiores, y cuando todas las aguas afluían al arroyuelo llamado de Alcaudique las hacía suyas el cortijo de este nombre, sin limitación de frutos á que habían de aplicarse, espacio ó perímetro que debía beneficiar, ni tiempo en que podían utilizarse, por el hecho y el derecho de regar la finca referida eran tan extraordinariamente antiguos como lo demostraban la escritura de 23 de Setiembre de 1505 y los demás documentos que hacían mérito del tracto sucesivo de esta finca, hasta que por escritura de 3 de Enero de 1861 la adquirió por título oneroso el Duque de Valencia de su legítimo dueño el Conde de Villanueva de Cárdenas, apareciendo expresamente consignado en todos estos documentos que las tierras del cortijo de Alcaudique eran de riego y de secano, sin limitación ni inscripciones de época, tiempo, espacio ó frutos; y presumiéndose del dominio libre por la ley mientras no conste la existencia de una limitación ó restricción, era claro que la regla racional del mismo constituían el derecho completo y libre del uso de las aguas, porque el gravamen y modificación de dicha libertad formaba la excepción que debía probarse de contrario: que siguiendo el orden de los distintos veneros que afluían al arroyo de Alcaudique, existían en el partido de la Zarzuela, por bajo de los tajos denominados del Tío Raya, un nacimiente de aguas, de cuyo cauce natural se derivaban varias acequias á la derecha y á izquierda para el riego de tiempo inmemorial de varios predios, y que una de aquéllas, con su tomadero de mampostería y pilastras de piedra con sus correspondientes caminales, conducía las aguas á un vasto partido que terminaba en el llano conocido por el

nombre de Manzanil, perteneciente al cortijo de Alcaudique: que en el cortijo de Pallares y sitio denominado el Zarzalón se alumbraban otras aguas en años abundantes, las cuales derivándose por un cauce natural fertilizaban las tierras del cortijo de Lillo y otras propiedades, cuyos sobrantes reunidos con los de la Zarzuela formaban el caudal del arroyo de Alcaudique que utilizaba en absoluto el cortijo de este nombre por medio de un tomadero de mampostería edificado en el arroyo y una acequia sita á la derecha del mismo, que dominaba en su larga extensión más de 100 fanegas de terreno: que por bajo de este tomadero existía otro con su acequia á la izquierda del arroyo para derivar las aguas del cortijo de Nogal, que á pesar de ser inferior tenían derecho á regar antes por haberse así pactado en la escritura de convenio que otorgaron los dueños de las fincas referidas en 3 de Octubre de 1843, al variarse el tomadero de Alcaudique: que asimismo, como á un kilómetro por bajo del tomadero, se levantaba una canal antiquísima de mampostería sobre el arroyo, con un arco para que las aguas de éste transcurriesen, que servía para dar paso de la izquierda á la derecha á las aguas sobrantes del nacimiento del Manzanil, que iban á parar á la Herradura, con los que se beneficiaba otra gran parte de tierra del cortijo de Alcaudique desde tiempo inmemorial y sin limitación de ningún género, contribuyendo dicha finca, como muy interesada en el aumento y policía de los veneros, á las limpias, obras y reparaciones que se hacían en los cauces tributarios de los arroyos de Alcaudique y Manzanil; pero que á pesar de estos hechos, D. Juan Miguel de Cueto, en concepto de dueño de la quinta de Telles y casería de los Tejares, que eran inferiores á Alcaudique, había deducido contra los colonos de aquel predio interdicto de recobrar, suponiendo inexactamente que desde que adquirió las fincas referidas por los años de 1860 y 1862 estaba en posesión de las aguas del arroyo de Alcaudique y sobrante el nacimiento de Manzanil, con la única excepción de que los tenedores de Alcaudique utilizaban parte de las mismas en el riego del tercio de las tierras cuando de tres en tres años estaba de barbecho y lo permitía la abundancia de las aguas, sin perjudicar en nada á la quinta de Telles y los Tejares, debiéndose aplicar sólo el riego al fruto de melones, y nunca á otros que fueron de rastrojo, viniendo con esta determinación á quedar Alcaudique de secano: que la propiedad de Cueto se componía de tierras de riego y secano con las aguas de los nacimientos de Plantano y sobrantes del arroyo de Alcaudique y Manzanil, como decían sus títulos, sin que le dieran éstos preferencia sobre Alcaudique y Manzanil para el riego, ni fuera limitado el uso y aprovechamiento de las aguas para las tierras del cortijo de aquel nombre, el cual como predio dominante se encontraba en la quieta y pacífica posesión y propiedad de las aguas mencionadas, como aparecía de sus títulos y le concedía también la ley de aguas en su art. 37; citando, por último, como fundamentos de derecho las leyes de Partida y recopiladas que hablaban del modo de ganar la posesión y de perderla, y que designan la prescripción como uno de los medios para adquirir el dominio de las cosas; y la ley especial de aguas de 1866 en su art. 37 sobre la preferencia para el aprovechamiento de las del curso de un arroyo, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, de que se hacía referencia en el art. 299 de la misma:

Resultando que D. Juan Miguel de Cueto impugnó la demanda, negando que el cortijo de Alcaudique viniera en posesión inmemorial de

las aguas derivadas del cauce natural del nacimiento de la Zarzuela, y si alguna vez hacía pocos años las había utilizado, fué siempre con autorización previa del dueño de los terrenos por donde se conducían y con la limitación establecida en el interdicto; negó asimismo que la misma finca utilizara desde tiempo inmemorial las aguas del arroyo de su nombre por la acequia abierta á la derecha de su cauce, porque esta obra se hizo algunos años después del 3 de Enero de 1861, en que adquirió el cortijo el Duque de Valencia, y si alguna vez condujeron las aguas por la acequia, fué siempre con la limitación establecida en el interdicto mencionado: que la canal existente en el arroyo de Alcaudique, si bien tenía por objeto pasar de un lado á otro del arroyo aguas sobrantes de Manzanil, había motivo para creer que fué construída en 1819 por D. José Campos, con autorización del representante de aquel predio para abrir un acueducto con objeto de dar riego al llano de Quintero; pero que aun concedida la antigüedad que la demanda le atribuía y su construcción para el paso de las aguas á los terrenos de Alcaudique, estaba abandonado semejante beneficio desde un tiempo de que no se tenía memoria, sin haberse vuelto á utilizar hasta época reciente, y sin que tampoco se condujeran por allí todos los sobrantes de Manzanil, sino una parte de ellos, como lo atestiguaba la afluencia de las aguas al arroyo de Alcaudique por sus desagües naturales por bajo de la canal de que se hablaba, y en todo caso siempre había sido el aprovechamiento de estas aguas con la limitación fijada en el interdicto mencionado: que D. Juan Miguel de Cueto, como interesado también en la conservación y aumento de las aguas que discurrían por los arroyos de Alcandique y Manzanil, había contribuído por su parte á la limpia y entretenimiente de los cauces, tanto que en el sitio de la Herradura, que se regaba con el agua de Manzanil, construyó por su cuenta exclusivamente un partidor y cubrió la acequia que pasaba junto á la casería de D. Ramón García, para que no desperdiciase las aguas, cayera toda la cantidad posible en concepto de sobrantes en el arroyo de Alcaudique por bajo de la canal, para recogerlas en la presa ó tomadero que las conducía después á la quinta de Telles y casería de los Tejares, sin que fueran de su cargo los limpios del arroyo de la Zarzuela antes de entrar como tributación en el de Alcaudique, porque ésta correspondía con más interés y preferencia á los predios ribereños que venían utilizándolas; que si bien en los títulos del cortijo de Alcandique se decía que era de riego y secano, no se fijaban las condiciones del riego ni las aguas con que debía efectuarse, no estando por tanto acreditado que lo fuera con las de los nacimientos de Zarzuela y Pallares y sobrantes de Manzanil, encontrándose concretado dicho riego á una haza de tres aranzadas pertenecientes á dicho cortijo, que existía en la Herradura; que utilizaba las aguas de Manzanil, no sobrantes, sino propias, y la huerta situada á las inmediaciones de la casa del cortijo que se beneficiaba con los de la fuente próxima á la misma, que era lo que venía á armonizar el dicho de los títulos, y así era que no resultaba amillarada más que con tres aranzadas de riego; que por el contrario, tanto la quinta de Telles con su agregada el haza de la Buitrera, como la casería de los Tejares, venían utilizando para el riego de sus tierras las aguas del arroyo de Alcandique y sobrantes del nacimiento de Manzanil, sin limitación alguna en beneficio del cortijo de aquel nombre, como lo comprobaban los amillaramientos de riqueza y las escrituras de 1819 y 1862, y que en cuanto á la casería de los Tejares, aparecía

también que era de riego por haberse autorizado al propietario para abrir una alcantarilla en la carretera de Granada para devolver á dicha finca el aprovecamiento de las aguas de que se la privó al construir aquélla:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se suministraron por las partes de testigos y documentos, practicándose una extensa diligencia de reconocimiento judicial, con asistencia de las partes y peritos, para acreditar los orígenes de los nacimientos de los arroyos, dirección de las aguas, signos de antigüedad de las acequias, regadíos y otros particulares:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia, y que la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada la revocó en 31 de Enero de 1882, absolviendo á D. Juan Miguel Cueto de la demanda, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Carlos Marfori, como heredero fiduciario de Don Ramón María Narváez, D. Grancisco Fonseca López de Vinuesa y Don Gonzalo Fernández de Córdova, interpusieron recurso de casación, alegando:

1° Que lo fundaban en primer término en el núm. 7° del artículo 1692, por los errores de hecho y de derecho en que había incurrido la sentencia al apreciar las pruebas infringiendo en la de la documental las leyes 1ª, 114 y 115, tít. 18 de la Partida 3ª, y los artículos 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, 596 y 597 de la vigente, que determinan la fuerza probatoria de los documentos públicos y las condiciones que han de revestir para ser eficaces en juicio, puesto que de los que hacía mención la sentencia reunían todas las condiciones exigidas para hacer fe en juicio, y probaban que el cortijo de Alcandique se componía de tierras de riego y de secano; y en la apreciación de las demás pruebas, ó fuera en la testifical y en la del reconocimiento judicial, la ley 27, tít. 2°, Prrtida 3ª, que dispone que si el que demandase el señorío tuviese sus testigos ó sus pruebas ciertas para probarlo sin alongamiento ninguno, él debe ser entregado de la cosa; y el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, 659 de la vigente, que previene que los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, apreciación qne había omitido la sentencia, la cual, por lo que hacía á la prueba de reconocimiento judicial había incurrido en evidentes errores de hecho afirmado que la falta de justificación de la posesión inmemorial en que de las aguas discutidas estaba el cortijo de Alcandique aparecía precisamente de las diligencias de reconocimiento siendo así que bastaba leerlos para convencerse de todo lo contrario, pues la antighedad de los tomadores y acequias respectivas y la canal que otravesaba el arroyo de Alcandique, á la que dos de los peritos calcularon aproximadamente un siglo de existencia, eran argumentos elocuentes en favor de la posesión inmemorial:

2° Que fundaban asimismo el recurso en el núm. 1° del artículo mencionado 1692 por la violación, interpretación errónea y aplicación indebida de las leyes y doctrinas legales aplicables al caso del pleito cometidas en la sentencia recurrida, que infringía la ley 10, tít. 14, Partida 3ª, que dispone que probando el demandante que lo que reclama fué suyo ó de su padre ó de su abuelo, debe ser entregado de aquella cosa, y la doctrina legal que establece que todo el que es dueño de una cosa en virtud de un título legítimo, puede reivindicarla de cualquier

poseedor; infracciones que eran consecuencia natural y lógica del fundamento anterior, aun prescindiendo del título legítimo de dominio que no era necesario para entablar la acción reivindicatoria en materia de aguas, como lo probaban las sentencias de este Supremo Tribunal de 30 de Junio de 1860 y 1° de Marzo de 1872, que declaraban que debía respetarse el estado posesorio al consignar la sentencia la doctrina de que para la adquisición de la propiedad de las aguas era necesaria la posesión inmemorial continua, las leyes 18, tít. 29, y 15, tít. 31, Partida 3ª, que establecen la prescripción ordinaria, el art. 39 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, 8° de la vigente de 13 de Junio de 1879 que fija el tiempo de 20 años, y la jurisprudencia establecida por este Supremo Tribunal, de conformidad con dicho precepto, en sentencia de 4 de Junio de 1872; y aun suponiendo que no se hubiera probado siquiera la posesión ordinaria de las aguas litigiosas, la doctrina legal establecida terminantemente en las sentencias de 12 de Octubre de 1860 y 21 de Febrero de 1863, sancionada por los artículos 34 y 37 de la ley de 3 de Agosto de 1866, que son el 5° y el 7° respectivamente, de la de 13 de Junio de 1879, de que en el aprovechamiento de las aguas la regla admitida por la jurisprudencia es que se dé siempre la preferencia al dueño de los terrenos superiores respecto del de los inferiores, si éste no tenía un título especial que constituyera obligación del primero ó su renuncia al aprovechamiento de las referidas aguas; puesto que constaba de un modo indudable por las manifestaciones de las partes, declaraciones de testigos é inspección ocular, que los terrenos de Alcandique eran superiores á los de Telles y estaban más próximos á los arroyos de cuyas aguas se trata; habiéndose infringido también el principio general *reus in exceptione actor est*, y el análogo de que al que afirma es á quien incumbe la prueba, fundado en la ley 2ª, tít. 14 de la Partida 3ª y constantemente aplicado per repetidas sentencias de este Tribunal, entre ellas, la de 23 de Mayo de 1862 y 26 de Enero de 1866, puesto que el demandado había declarado en todos sus escritos que el cortijo de Alcaudique disfrutaba de los riegos de que le había despojado, excepcionando una limitación en favor de su quinta, según la cual, aunque ésta era inferior, reducía el riego de dicho cortijo á determinados años y á cierta clase de frutos, excepción sobre la que no había articulado prueba alguna, quedando por tanto despojada de la limitación pretendida la confesión del derecho al riego:

3° Y que fundaban también el recurso en el núm. 2° del art. 1692, ó sea en que la sentencia no sólo no era congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sino que no lo era con ella misma, toda vez que en la demanda se había pedido la declaración de pertenencia de las aguas del arroyo de Alcaudique, procedentes de los nacimientos de la Zarzuela, Pallares y Manzanil, en que había sido indebidamente restituído Cueto, y era forzoso que la sentencia, al absolver ó condenar á que se marcase con precisión lo que se negaba y lo que se concedía, si era que en absoluto no se negaba ó concedía posesión y dominio, en todo el caudal de aguas, poniéndose en contradicción al negar que Alcaudique tenía derecho á utilizarlas después de consignar que podía regar por una acequia antigua; añadiendo, por último, con relación únicamente á D. Gonzalo Fernández de Córdova y D. Francisco Fonseca López Vinuesa, que se fundaba el recurso en la infracción de la ley 3ª, tít. 8°, libro 11 de la Novísima Recopilación; que

así como la constante aplicación que de ella se había venido haciendo por todos los Tribunales, enseñaban que después de un año y un día del despojo que se hubiera sufrido, ya no era el interdicto, sino el juicio plenario de posesión, el que debía usar el que se tuviera por despojado; término del cual, si bien no hablaba la ley antigua de Enjuiciamienno civil porque creyó que era materia de leyes sustantivas, se fijaba, sin embargo, en el art. 1653 de la moderna. habiéndose faltado en el interdicto á tan esencial requisito, puesto que la acequia más moderna de las destinados al riego de Alcaudique databa de 1840, y tenía por tanto en la época del interdicto 34 años de existencia, tiempo sobrado para adquirir el dominio por prescripción:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Benito de Ulloa y Rey:

Considerando que la ley de 13 de Junio de 1877 establece como principio general en los artículos 5° y 7° que los predios superiores por donde discurren las aguas, ó los fronteros ó colindantes con el cauce, tienen sobre los inferiores derecho preferente al riego, principio que sólo se entiende limitado, según el art. 8°, cuando los dueños de éstos poseen y disfrutan las aguas sin oposición por espacio de 20 años, ó cuando, conforme á los principios del derecho común, esta limitación sé pacta entre los respectivos dueños:

Considerando que el cortijo de Alcaudique se halla situado á la parte superior del de Telles, y por esta sola circunstancia tiene derecho preferente á regar con las aguas del arroyo del mismo nombre y con las del de Manzanil, derecho que es tanto más incuestionable cuanto que la parte demandada, hoy recurrente, no probó que se hallase limitado á su favor bajo ningún concepto; y por consiguiente la sentencia recurrida, al absolver de la demanda, infringe los artículos 5° y 7° de la ley de 13 de Junio de 1877;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Carlos Marfori, como heredero fiduciario de D. Ramón María Narváez, D. Francisco Fonseca López de Vinuesa, y D. Gonzalo Fernández de Córdova; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 31 de Enero de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada.—(Sentencia publicada el 12 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Agosto delmismo año.)

13

Recurso de casación (13 *de Enero de* 1882).—*Sala primera.*—Tercería de mejor derecho.—No ha lugar al interpuesto por Doña Agustina Arche y Soler con D. Francisco Bolló y otro (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la sentencia que desestima una tercería de preferencia porque el crédito del ejecutante es escriturario, circunstancia que no concurre en el de la tercerista, y además es anterior al suyo, no infringe las leyes 155, tít. 17, libro 50 Digesto; la 4ª, párrafo primero, tít. 6°, libro 2° Digesto; la 11, tít. 26, libro 8° del Código; y los principios de derecho qui permittit rem vendire pignus dimittit; si in venditione consenserit creditor, velut debitor semper mittit vel donet vel in dotem sed dicendum erit pignus liberari nisi salva causa pignoris suæ consensit vel venditione veteris. Sed si non consenserat pignus venundiri sed ratam habuit venditorem ibidem erit probandum; *y el de Justiniano* Novis

autem visum est qui consensit alienatione hipoteca et hoc modo summum jus respexit indignum esse eadem veni ab initio et suppositam vindicare vel tenent et inquietare;

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino, de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad por Doña Agustina Arche y Soler, viuda, representada por el Procurador designado de oficio D. Angel Calvo, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Rodó, con D. Francisco Bolló y Doña Antonia Llordach, que no han comparecido en este Tribunal Supremo, sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que D. Clemente Molins confesó en escritura de 7 de Diciembre de 1859 ser en deber á D. Manuel Bassons 18.000 duros, estipulando que si no se los devolvía el dia 18 de Enero de 1861 se entendería vendida perpétuamente la finca Casa-Mantega, dada en hipoteca del préstamo, de la cual fué puesto en posesión D. Manuel Bassons por no haber cumplido Molins la condición estipulada:

Resultando que D. Francisco Bolló demandó ejecutivamente á Don Clemente Molins en 25 de Enero de 1862 para el pago de 15.000 duros é intereses procedentes de una escritura de préstamo de 27 de Agosto de 1860 con hipoteca de la Casa-Mantega:

Resultando que para hacer pago D. Clemente Molins á D. Manuel Bassons de cierta cantidad que le adeudaba, confesó en escritura de 8 de Agosto de 1863 que era en deber á D. Justo Segarra, y que le pagaría para el día 8 de Agosto de 1865 que era en deber á D. Justo Segarra, y que le pagaría para el dia 8 de Agosto de 1865 44.000 escudos, abonándole desde esta fecha el 9 por 100, y dándole en hipoteca la finca denominada Casa Mantega, y que por escritura del mismo día, Don Manuel Bassons vendió á D. Clemente Molins la Casa-Mantega recibiendo su precio de 20.000 duros de manos de D. Justo Segarra, haciéndole cesión de todos sus derechos, para que repuesto en el lugar de Bassons le compitieran las mismas prerrogativas que á él antes de realizarse el pago:

Resultando que D. Justo Segarra compareció en el juicio ejecutivo que seguía D. Francisco Bolló contra D. Clemente Molins deduciendo demanda de tercería de mejor derecho, y que por sentencia que dictó el Juez de primera instancia en 5 de Setiembre de 1873, que fué consentida por las partes, se declaró procedente la demanda, ordenando que se pagase á D. Justo Segarra del producto de la venta de la finca denominada Casa Mantega la cantidad de 20.000 duros é intereses con preferencia á D. Francisco Bolló:

Resultando que en 5 Agosto de dicho año 1873 habían otorgado una escritura D. Justo Segarra y D. Francisco Bolló, por la que á fin de regularizar el cobro de lo que respectivamente acreditaba de Molins, convinieron, entre otras cosas, que cualquiera que fuese el resultado de la tercería interpuesta por Segarra en el juicio ejecutivo promovido por Bolló, cobrarían sus respectivos créditos distribuyéndose ambos las cantidades que se recaudaran en la proporción de un 60 por 100 Segarra, y 40 por 100 Bolló:

Resultando que D. Clemente Molins firmó tres pagarés en Setiembre y Diciembre de 1864, importantes en junto la cantidad de 1.737 duros á favor de D. Joaquín Daydí, quien los endosó á Doña Agustina

Arche, la cual en 1º de Marzo de 1864 entabló demanda ejecutiva contra Molins para el importe de aquéllos:

Resultando que librado en 9 de Abril el mandamiento de embargo, fué trabado en el 13 en una heredad llamada Casa-Mantega, y que expedido en 4 de Mayo el mandamiento para la anotación preventiva del embargo en el Registo de la propiedad, fué devuelto sin ella por aparecer del Registro que había sido comprada la finca en 18 de Abril por Doña Lucía Baró, pero que á virtud de nuevo mandato del Juzgado se efectuó la anotación en 26 de Julio de dicho año 1864:

Resultando que en 4 de Julio de 1877 dedujo Doña Agustina Arche en los autos ejecutivos que seguían D. Francisco Bolló y los sucesores de D. Justo Segarra contra D. Clemente Molins la demanda de tercería objeto de estos autos, exponiendo que Bolló prestó á Molins y le prometió que para determinado día le facilitaría cierta cantidad para librarl el manso Mantega de la venta á día que tenía otorgada á D. Manuea Basons para el caso de que no le devolviera la cantidad que le habíprestado, dando en este caso Molins á Bolló el mismo manso en hipoteca; que por no haber cumplido Bolló su promesa, Molins no pudo devolver su préstamo á Bassons, por lo que obtuvo éste la posesión judicial de la finca que se traspasó á su favor, habiendo por tanto Bolló con su incumplimiento renunciado y perdido la hipoteca que Molins le dió condicionalmente; que entre tanto D. Joaquín Daydí habia prestado diferentes cantidades á Molins; y habiendo éste vuelto á comprar el manso con el dinero que le prestó D. Justo Segarra, la demandante derecho habiente de Daydí entabló el juicio ejecutivo en el que fué embargado el manso Mantega; quo seguida la vía de apremio, interpuso Segarra tercería de mejor derecho, que fué declarado por el Juzgado en sentencia de 20 de Setiembre de 1881; y habiéndose anunciado la subasta de la finca por tres veces, coincidió el anuncio de la tercera con el de la que instaba Bolló en los actos que él seguía, y como éstos eran más antiguos, el Juzgado mandó suspender la anunciada en méritos de los autos promovidos por la demandante, y seguir adelante en la pérdida por Bolló, la cual tampoco tuvo efecto; que Segarra dedujo también tercería en los autos de Bolló, en los cuales fué igualmente declarado de derecho preferente, y la demandante que tenía anotación preventiva después de la inscripción del crédito de Segarra, y por lo tanto era de derecho preferente al de Bolló, intentó su tercería á la que el Juzgado no dió lugar hasta que Segarra hubiese cobrado su crédito; pero viendo que á pesar de los años transcurridos Bolló ni Segarra habían adelantado en la realización de los bienes embargados, y que según el convenio de Agosto de 1863 se repartían los productos de los mismos sin contar con la demandante, no esperando Bolló para el cobro de su crédito á que Segarra hubiese cobrado el suyo, comprendió que debía ya proponer su tercería de mejor derecho; y apoyada en las disposiciones de la ley Hipotecaria, expresando que de la nueva adquisición de la finca no existía en el Registro inscripción ni anotación alguna á favor de Bolló, ejercitando la acción de prelación contra el crédito de éste ó contra el 40 por 100 convenido con Segarra, pidió que del producto de la subasta ó subastas de los bienes ejecutados no se hiciera pago á Segarra sin descontar el 40 por 100 convenido por Bolló, quedando esta cantidad retenida y depositada para hacer pago al que en la tercería fuese declarado preferente, y en su día se declarase el crédito de la compareciente de mejor derecho que el de Bolló, y que se hiciera

en su consecuencia pago á aquélla con la cantidad retenida por su crédito principal, intereses y costas:

Resultando que D. Francisco Bolló impugnó la demanda porque su crédito constaba en escritura pública de 27 de Agosto de 1860, siendo hipotecados especialmente á la seguridad del mismo los bienes del deudor sobre que recaía la tercería, é inscrito en 28 de Agosto de 1860, y en una carta de pago otorgada en 19 de Octubre y registrada en 31 del mismo mes y año, y porque en 16 de Junio de 1862 se trabó embargo por su crédito en los bienes de Molins, que fué anotado en 27 de Setiembre siguiente:

Resultando que suministrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia que confirmó con las costas en 8 de Abril de 1882 la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, declarando no haber lugar á la tercería y absolviendo á los demandados de la demanda:

Resultando que Doña Agustina Arche interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio las leyes 155, tít. 17, libro 50 Digesto; la 4ª, párrafo primero, tít. 6°, libro 2° Digesto; la 11, tít. 26, libro 8° del Código; y los principios de derecho *qui permittit rem vendire pignus dimittit*; *si in venditione consenserit creditor*, *velut debitor semper mittit vel donet vel in dotem sed dicendum erit pignus liberari nisi causa pignoris svæ consensit vel venditione vel ceteris*. *Sed si non consenserit pignus veuundari sed ratam habuit venditorem ibidem erit probandum*; y el de Justiniano *Novis autem visum est qui consensit alienatione hipoteca et hoc modo summum jus respexit indignum esse eadem veni ab initio et suppositam vindicare vel tenent et inquietare*; en cuanto daba valor y eficacia como crédito hipotecario al debitorio condicional de Bolló á pesar de no haber cumplido la condición y dado lugar á que se vendiera la finca:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix:

Considerando que la sentencia recurrida desestima la tercería de preferencia, interpuesta por Doña Agustina Arche, porque el crédito de D. Francisco Bolló es escriturario, circunstancia que no concurre en el de la tercerista, y además es anterior al suyo, razones por las que dicha sentencia no infringe las leyes y doctrinas que se alegan en el motivo del recurso:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Agustina Arche y Soler, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viene á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 13 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

14

Recurso de casación en asunto de Ultramar (13 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—RECONOCIMIENTO Y GRADUACIÓN DE UN CRÉDITO.—Ha lugar en parte al interpuesto por D. Antonio Galindez con los Síndicos del concurso de D. Juan Antonio de la Torriente (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que no habiendo sido objeto del pleito determinar la naturaleza*

del crédito reclamado, sino si ese crédito se había perjudicado por la tardanza de su presentación en el concurso, es inaplicable el art. 592 *de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba:*

2° *Que la sentencia que declara moroso á un acreedor no infringe la doctrina legal según la que no puede serlo el acreedor que no fué citado para la junta de reconocimiento de créditos, sin que deba perjudicarle el no hallarse su nombre en el estado de deudas, ni el art.* 538 *de la ley antes mencionada, porque apreciando las pruebas la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, estima que el recurrente incurrió en las penas de la morosidad por haber reclamado un crédito después de las juntas de reconocimiento y graduación;*

Y 3° *Que la ley* 3ª, *tít.* 19, *libro* 11 *de la Novísima Recopilación, prohibe imponer las costas al apelante si las sentencias se diesen con aditamento ó moderación.*

En la Villa y corte de Madrid, á 13 de Enero de 1883, en los autos pendientes ante Nós en virtud de recurso de casación por infrazción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Cárdenas, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, incidentales del concurso voluntario de D. Juan Antonio de la Torriente, D. Antonio Galíndez y Aldama, Gerente de la razón social *A. Galíndez y Compañía*, del comercio de Matanzas, y hoy como legítimo y único dueño de todas las propiedades que constituían la indicada Sociedad, de la que era único socio comanditario el Marqués de Montelo en vitud de la escritura de disolución de la Sociedad, con los Síndicos de dicho concurso voluntario de D. Juan Antonio de la Torriente sobre reconocimiento y graduación de nn crédito:

Resultando que por escritura de 29 de Abril de 1862 D. Juan Antonio de la Torriente de la Cruz se confesó y constituyó deudor de su padre D. Francisco de la Torriente y Gándara por la cantidad de 160.000 pesos, que se obligó á pagarle con el interés de 4 y medio por 100 en seis plazos anuales, venciendo el primero en 31 de Marzo de 1864 y el último en igual día de 1871, hipotecando especial y señaladamente el ingenio titulado *Carlota*, antes *Nueva Esperanza*:

Resultando que en escritura de 17 de Julio de 1866, refiréndose á la anterior, dijo D. Juan Antonio de la Torrente que había satisfecho á su padre tres de los pirzos en ella estipulados, quedando reducida su deuda á 120.000 pesos, los cuales se obligó á satisfacerle, con interés de 3 por 100, en 14 plazos, desde 28 de Febrero de 186n á 30 de Abril de 1873, con hipoteca del citado ingenio; escritura que aceptó D. Francisco de la Torriente, dando por rota y cancelada la anterior:

Resultando que para satisfacer D. Francisco de la Torriente y Gándara á sus hijos D. José María, D. Cosme María y D. Fernando María de la Torriente y Hernádez la crntidad de 25.000 pesos á cada uno, que como adelanto de legítima paterna y materna les había ofrecido al contraer matrimonio, les cedió la indicada suma que les daría y pagaría su otro hijo D. Juan Antonio, de los plazos que había de abonarle desde aquel año hasta el de 1871 por resultado de la escritura mencionada, quedando reducido su crédito á la cantidad de 90 000 duros que le daría y pagaría en los plazos que marcaron con el citado interés de 3 por 100, desde 28 de Febrero de 1871 á 30 de Abril de 1873, debiendo entenderse novada la citada escritura de 17 de Julio únicamente en el orden de pago y personas á quienes debía hacerse, á todo lo cual prestó su conformidad D. Juan Antonio de la Torriente:

Resultando que en 19 de Junio de 1874 otorgaron escritura D. Juan Antonio de la Torriente y Cruz y D. Cosme María de la Torriente y Hernández por sí y como apoderado de sus hermanos D. Francisco, D. José, D. Fernando y D. Pablo, en la que haciendo mérito de la de 11 de Mayo de 1867, por resultado de la cual D. Juan Antonio de la Torriente era en deber á sus citados hermanos, como herederos de su padre, la cantidad de 45.000 pesos, convinieron en que dicha deuda quedara reducida á la suma de 35.196 pesos 66 centavos, que se obligó á pagarles en oro en la forma siguiente: 10.500 pesos en 15 de Febrero de 1875; 8.232 pesos 22 centavos en 15 de Abril de 1806; 8.232 pesos 22 centavos en 15 de Abril de 1877, y los restantes 8.232 pesos 22 centavos en 15 de Abril de 1878, por cuyos cuatro plazos otorgaría pagarés á la orden con referencia á esta escritura, abonando además por la demora al vencimiento de cada plazo el interés de un 6 por 100 anual en oro, quedando en toda su fuerza y vigor la escritura de 11 de Mayo de 1867 y la de 17 de Julio del misma año á que aquella se refería, las cuales no se novaban más que en la cantidad y forma de pago, pues en lo demás se ratificaban con todas sus cláusulas, condiciones é hipoteca:

Resultando que con la indicada fecha de esta escritura, 19 de Junio de 1874, firmó D. Juan Antonio de la Torriente un pagaré, obligándose á satisfacer en la ciudad de Matanzas el día 15 de Abril de 1876, prefijo, á la orden de D. Cosme María de la Torriente, la cantidad de 9.117 pesos 6 centavos en oro del cuño español, importe del segundo plazo de la escritura hipotecaria que en aquella fecha le había otorgado en la Escribanía de gobierno de aquella ciudad, con más los intereses correspondientes á dicho plazo; y que en 14 de Abril de 1875, D. Cosme María de la Torriente endosó este pagaré á la orden de Don Manuel Linares, valor en cuenta; y éste, en igual forma, en 14 de Mayo de 1876 á la orden de Galíndez y Compañía, de Matanzas:

Resultando que presentado en concurso D. Juan Antonio de la Torriente, en el estado de deudos, que firmó con sus defensores en Cárdenas á 5 de Abril de 1878, incluyó en primer lugar á los herederos de D. Francisco de la Torriente, hipoteca por 28.829 pesos 34 centavos oro; incluyendo asimismo á *Río, Sobrino y Compañía*, hipotecario por 118.000 pesos billetes á liquidar; Cosme María de la Torriente, pagaré por 8.110 pesos 50 centavos oro, y otros que no hace al caso referir:

Resultanddo que en el estado general de acreedores, que firmaron los Síndicos en 25 de Noviembre de 1876, incluyeron entre otros á Don Francisco Díaz Torriente, como cesionario de D. Cosme María de la Torriente, de un pagaré hipotecario que vencía en 15 de Abril de 1878 por importe del cuarto y último plazo de la escritura de 19 de Junio de 1874, por la cantidad de 10.102 pesos 50 centavos; y al mismo por la de 9.609 pesos 78 centavos de un pagaré hipotecario, procedente de la mencionada escritura; cuyos créditos incluyeron los Síndicos en el estado de los que, según su opinión, debían ser reconocidos, comprendiendo entre los que á su juicio no debían serlo, el de 28.829 pesos 34 centavos oro de los herederos de D. Francisco de la Torriente:

Resultando que señalado el día 29 de Noviembre de 1876 para la celebración de junta general de acreedores con objeto de tratar del reconocimiento de los créditos, para lo cual fué citado D. Cosme María de la Torriente, insertándose los anuncios en tres números del *Boletín Mercantil de Cárdenas* y de la *Gaceta de Madrid*, tuvo lugar en efecto

en dicho día, siendo aprobados por unanimidad los estados presentados por los Síndicos, con excepción de un crédito que pasó al estado de los reconocidos; que en 6 de Febrero de 1877 tuvo lugar otra junta general de acreedores, con objeto de tratar de la graduación de créditos, para la cual fué también citado D. Cosme María de la Torriente, insertándose los correspondientes anuncios en los periódicos; y que dada cuenta de los estados formados por los Síndicos, se aprobó el primero, que comprendía los acreedores por trabajo personal; el segundo comprensivo de los acreedores como hipotecarios legales, en el que incluyeron á la Sociedad de Río, Sobrino y Compañía, por su contrato de refacción; el tercer estado, que comprendía los acreedres como hipotecarios por controto, acordándose que los créditos reconocidos de D. Francisco Díaz Torriente y D. Francisco María de la Torriente debían ser colocados en el tercer lugar en este estado, por considerar que la escritura de 19 de Junio de 1874 á que hacían referencia los pagarés presentados, había novado los de 29 de Abril de 1862 y 17 de Julio de 1866 con que aquella primera se relacionaba; y por último, fueron aprobados el cuarto y quinto estado comprensivo de los acreedores escriturarios y comunes:

Resultando que D. Antonio Galíndez, Gerente de la razón social A. Galíndez y Compañía, con objeto de preparar la acción ejecutiva á fin de obtener el abono del importe del pagaré contra D. Juan Antonio de la Torriente, endosado á su favor por D. Manuel Linares, y á la de éste por D. Cosme María de la Torriente, solicitó en 29 de Abril de 1876 en el Juzgado de primera instancia de la ciudad de Matanzas que fueran reconocidas por los tres indicados sujetos las firmas de dichos documentos; que reconocidas por D. Cosme María Torriente y por Linares, y declarado confeso D. Juan Antonio de la Torriente, por no haber comparecido á pesar de las citaciones que se le hicieron por el Juez de primera instancia de Matanzas, se mandó en 21 de Noviembre de 1876 despachar mandamiento de ejecución contra los bienes de D. Juan Antonio por el importe del pagaré é intereses y costas:

Resultando que el Juez de primera instancia de Cárdenas, que conocía del concurso de D. Juan Antonio de la Torriente, requirió al de Matanzas para que remitiera al juicio de concurso la ejecución promovida por Galíndez; y que remitida en efecto, haciendo éste uso de la acción personal y de la real y mixta que le asistía para pretender que se reconociera á dicha Sociedad como acreedora del concurso voluntario de D. Juan Antonio de la Torriente é impugnar los acreedores de la junta de graduación, á fin de que se le abonase su crédito en el lugar y con la premura á que aspiraba, dedujo en 3 de Agosto de 1877 la demanda objeto de estos autos, para que cursándola como incidente á dicho concurso se declarase que era de reconocerse á la Sociedad demandante como acreedora de aquél por la cantidad de 9.117 pesos 6 centavos, que se le pagaría inmediatamente después de las costas ocasionadas en el repetido concurso, de las precisas para su formación; curso y créditos por trabajo personal correspondiente á jornales y salarios devengados en los tres últimos años, pues las demás estaban sujetas á la prescripción recomendada, siendo por consiguiente aquéllos los únicamente privilegiados, debiendo venir inmediatamente y primero que los demás hipotecarios por contrato, pues la que favorecía á Galíndez y Compañía era la más antigua de las que probaban el ingenio *Carlota*, declarando igualmente preferente su pago al de los alcan-

ces de Río, Sobrino y Compañía, que no reuniendo las condiciones de acreedores refaccionarios debían desaparecer del lugar en que se les había colocado en cuanto hacía á los demandantes cuyos derechos tenían implícitamente reconocidos, por las circunstancias recomendadas respecto á las condiciones en que descansaba para obtener el fallo solicitado, fundando su pretensión en que no habiendo sido comprendido en la relación de las deudas ni convocádosele para la junta de reconocimiento no podía considerársele moroso ni incurso en pena alguna, tanto más cuanto que ignoraba la existencia del concurso; que el crédito de Río y Sobrino debía desaparecer del estado de hipotecarios legales y colocársele entre los hipotecarios con arreglo á la fecha de la inscripción de escritura, pero no reunía ninguna de las circunstancias prescritas por las leyes de Partida, y por la Real cédula de 2 de Abril de 1882 para que tuviera aquel carácter; que el crédito del demandante procedía de la escritura de 29 de Abril de 1862, en la cual figuraba la hipoteca expresa del ingenio *Carlota*; pues las escrituras de 1866 y 1867 cuidaron de no alterar en manera alguna las garantías y condiciones de seguridad consignadas en aquella previsión que se tuvo también en la de 1874; y que no era lícito á nadie enriquecerse con perjuicio de tercero como sucedería á D. Juan Antonio de la Torriente dejando de abonar el pagaré que representaba parte de la escritura otorgada á favor de los herederos de su padre implícitamente reconocidos desde que se presentó en autos dicha escritura:

Resultando que los Síndicos del concurso voluntario de D. Juan Antonio de la Torriente contestaron á la demanda con la presentación de que se declarase: primero, que el documento presentado por la Sociedad demandante era nulo, y que por consiguiente su Procurador carecía de personalidad para representarla; y segundo, que siendo morosos Galíndez y Compañía habían perdido toda prelación que para el cobro de su crédito pudo corresponderles, debiendo ser colocados entre los acreedores comunes, con las costas de este expediente á su cargo; consignando como hechos en apoyo de la segunda pretensión, pues la primera no es objeto del actual recurso, que la Sociedad Galíndez y Compañía no aparecía como acreedora de D. Juan Antonio de la Torriente en el estado de deudas presentado por éste al solicitar su declaración en concurso, y si se nombraba á la sucesión de D. Francisco de la Torriente y Gándara como acreedora hipotecaria, de parte de cuyo crédito aparecía hoy cesionaria la indicadh Sociedad; que no apareciendo esta en el estado de deudas, y sabiendo que el representante de la sucesión de Torriente y Gándara era de Cosme María de la Torriente, fué éste citado individualmente; que hechas las citaciones individualmente á los acreedores comprendidos en el estado, se practicaron las convocatorias de acreedores para la junta de reconocimiento de créditos, por edictos que se insertaron en los tres números del *Boletín de Matanzas* y *Gaceta oficial de la Habana*, haciéndose en la misma forma esas citaciones para la junta de graduación, hasta la que se prorrogó el tiempo concedido á los acreedores que no habían comparecido en juicio para que lo hicieran presentando los títulos justificativos de sus créditos; que á pesar de estas citaciones, la Sociedad Galíndez y Compañía no compareció en el juicio ni presentó los títulos justificativos de su crédito para su reconocimiento y graduación; que hallándose D. Francisco Díaz Torriente en idénticas circunstancias que Galíndez y Compañía, compareció en juicio y se le reconoció y gra-

duó su crédito; que si se presentó el testimonio de la escritura hipotecaria de 19 de Junio de 1874, fué para acreditar ese carácter preferente que tenían los créditos que representaban los pagarés presentados por dichos Díaz Torriente y D. Francisco María de la Torriente; que no habiendo acudido en tiempo Galíndez y Compañía para que se efectuara el reconocimiento de su crédito, eran morosos y debían sufrir las consecuencias legítimas de esta morosidad, y que presentando ahora el pagaré en que constaba su crédito, debía reconocérsele, por estar suficientemente probado; deduciendo de estos hechos, como fundamentos legales, que, según los artículos 508 y 509 de la ley de procedimientos civiles; las citaciones de acreedores para las juntas de un concurso se harán individualmente á los designados en el estado de deudas presentado por el deudor, publicándose además las convocatorias en el periódico del pueblo en cuyo Juzgado radicare el juicio y en el *Boletín* de la provincia; que terminada la junta de reconocimiento de créditos; los acreedores que hasta ese momento no hayan comparecido en juicio se considerarán como morosos, según el art. 579, siendo los efectos de esta morosidad el tener que costear el reconocimiento de su crédito y perder cualquiera preferencia ó prelación que pudiera corresponderle; y siendo por tanto morosos, como se había demostrado, Galíndez y Compañía, debían costear este expediente y perder el carácter hipotecario que tenía su crédito, pasando al quinto estado entre los acreedores comunes ó valistas, y que no habiendo acudido Galíndez á la junta de graduación celebrada, ni podido por consiguiente coesignar ningún acuerdo, y dejado pasar los ocho días que la ley concedía para dicha impugnación, no tenían ya derecho á solicitar que se alterase la graduación tal como se acordó en aquella junta, que había quedado ya ejecutoriada, además de que no podían hacer dicha impugnación de ningún modo por no estar aún reconocido su crédito:

Resultando que la Sociedad demandante adicionó al replicar á los hechos de su demanda el implícito reconocimiento de su crédito desde el momento en que lo fueron los representados por D. Francisco Díaz Torriente, por ser uno y otro de igual procedencia, y no haber razón ninguna por consiguiente que se opusiera á ello; y la conformidad de los Síndicos á su abono, aunque en distinto lugar al que le correspondía; y á los fundamentos de derecho, que á nadie podía favorecerse con perjuicio de tercero, ni imponerse á éstos penas consiguientes á faltas que no habían cometido, lo cual sucedería si se aceptase la calificación de morosos que no merecía Galíndez y Compañía:

Resultando que á su vez los Síndicos del concurso adicionaron á los fundamentos de su contestación, que el cesionario de un crédito debía tomarlo en las mismas condiciones y estado en que lo tenía su cedente; y que suministrada prueba por las partes dictó sentencia el Juez de primera instancia declarando procedentes las excepciones opuestas por la parte demandada en el escrito de contestación á la demanda, y en su consecuencia nula la sustitución que obraba al folio 1° y falta de personalidad suficiente al Procurador Bethancourt para representar á los demandantes, y procedentes el que fueron considerados estos como morosos obligados á costear el conocimiento de un crédito, con perdida de cualquiera prelación que pudiera corresponderles, debiendo por lo tanto ser graduados entre los valistas, con especial condenación de costas ocasionadas á dicha parte demandante:

Resultando que interpuesta apelación por D. Antonio Galíndez y

Aldama, y remitidos los autos á la Audiencia de la Habana, la Sala de lo civil dictó sentencia en 10 de Febrero de 1881, declarando no haber lugar á la excepción de falta de personalidad opuesta al Procurador Bethancourt para representar á D. Antonio Galíndez y Compañía, y procedente el que éstos sean considerados como morosos obligados á costear el reconocimiento de su crédito con pérdida de cualquiera prelación que pudiera corresponderle, debiendo por lo tanto ser graduado entre los valistas; siendo de cargo de la misma Sociedad el pago de las costas causadas en ambas instancias:

Resultando que D. Antonio Galíndez interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° Al fallar que el crédito hipotecario por contrato del recurrente debía ser graduado entre los valistas, el art. 592 de la ley de Enjuiciamiento civil que determina el orden en que han de ser graduados los créditos en el juicio de concurso, según cuyo precepto, los hipotecarios por contrato se comprenderán siempre en el tercer estado y no en el quinto que corresponde á los valistas:

2° Al declarar moroso al recurrente, á pesar de no haber sido citado para acto alguno concurso de D. Juan Antonio de la Torriente, por considerar que no apareciendo su nombre en el estado de deudas presentado por aquel no era obligatoria la consabida citación, la doctrina consignada en la sentencia de este Supremo Tribunal de 15 de Diciembre de 1871, según la cual, no puede ser declarado moroso el acreedor que no fué citado para la junta de reconocimiento de créditos, sin que deba perjudicarle el no hallarse su nombre en el estado de deudas, puesto que, según el art. 538 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el concurso necesario sólo está obligado el deudor á presentar dentro de dos días una relación de los acreedores, y no aquel estado cuya exhibición sólo es obligatoria en el concurso voluntario de quita y espera;

Y 3° Al condenar en todas las costas de ambas instancias al recurrente, no obstante haber declarado la excepción de falta de personalidad en su Procurador, que opuso la representación contraria, y se estimó procedente por la sentencia apelada, la ley 3ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, y la doctrina admitida por este Supremo Tribunal en innumerables fallos, entre ellos los de 12 de Octubre de 1866, 11 de Diciembre de 1865 y 17 de Octubre de 1876, según cuyos preceptos no cabe tal condenación cuando la sentencia de la segunda instancia confirma la de la primera con aditamento ó moderación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que no habiendo sido objeto del pleito determinar la naturaleza del crédito reclamado, sino si ese crédito se había perjudicado por la tardanza de su presentación en el concurso, es inaplicable el art. 592 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba, que se cita como infringido en el primer motivo de casación contra la sentencia recurrida:

Considerando que ésta no infringe la doctrina legal invocada en el segundo motivo, ni el art. 538 de la ley antes mencionada, porque apreciando las pruebas la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, estima que el recurrente incurrió en las penas de la morosidad por haber reclamado un crédito después de las juntas de reconocimiento y graduación:

Considerando relativamente al tercer motivo que habiéndose con-

denado en las costas de alzada al apelante, la sentencia recurrida infringe la ley 3ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, que prohibe imponerlas si las sentencias se diesen con aditamento y moderación, habiéndolo por haberse revocado la del inferior en cuanto ésta estima la excepción de falta de personalidad del Procurador del demandante que la desestimó la Sala;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que há lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Galíndez Aldama en el particular á que se refiere el tercer motivo del mismo; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 10 de Febrero de 1881 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en cuanto por ella se condena al recurrente en las costas de la segunda instancia de este pleito; y que no há lugar al mencionado recurso respecto á los demás extremos de dicha sentencia á que se refieren otros dos motivos.—(Sentencia publicada el 13 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

15

Recurso de casación (15 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—Retracto.—No ha lugar al interpuesto por D. Benito Méndez Valdés con D. Felipe Martín González y otros (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que si la escritura en que se constituyó un censo enfitéutico se ajustó á las prescripciones establecidas en las leyes 28 y 29, tít. 8° de la Partida 5ª. habiéndose pactado, entre otras condiciones, el derecho á retraer á favor del dominio directo; esta circunstancia autoriza la demanda de retracto, porque los contratos, cualquiera que sea el nombre que las partes les den, deben cumplirse cuando no son contrarios á las leyes y á las buenas costumbres.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Burgos y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Felipe Martín González, Venancio Revilla Bravo, Julián Briones Justa, Torcuato Bravo Ibáñez, Lino Núñez Arroyo, Eustaquio Miguel, José Merino González, Cristóbal Cobo Martín, Isaac Barbero García, Leandro Martín González, Santiago Bravo Arroyo, José Revilla Bravo, Máximo Revilla Martín, Angel Ortigüela Calvo, Felipe Arroyo Revilla, Feliciano Martín, Miguel y Ramón Martín González, vecinos de la villa de Nebreda, representados por el Procurador D. Mauricio Castañares, bajo la dirección del Licenciado D. Agustín de Soto, con D. Benito Menéndez Valdés, y en su nombre el Procurador D. Lorenzo de Poó y Espejo, dirigido por el Licenciado D. Rafael Blanco y Olivera, sobre retracto del monte titulado de Andesa, sito en término y jurisdicción de dicha villa de Nebreda:

Resultando que en 23 de Enero del año 1450 se otorgó escritura en el monasterio de San Pedro de Arlanza, por la que el Abad Prior, mayordomo, enfermero, camarero y todos los otros Mones, dieron á censo y por nombre de censo al Concejo, Alcaldes y hombres buenos de Nebreda todas las heredades de pan llevar, tierras, prados, pastos, terrenos y otras cualesquiera heredades que pertenecieran al convento en término de Nebreda y de Solarano y Castillo, de las rentas que se lla-

maban de Arroyo y de la renta de San Juan y la renta del Parral y la renta de la calle que al monasterio pertenecía, con todas sus entradas salidas, usos y costumbres, cuantas debieren haber, según que al Monasterio pertenecían, las cuales daban á dicho Concejo, Alcaldes y hombres buenos de Nebreda para siempre jamás, para que fueran de él y de los que eu lo sucesivo vinieren para siempre jamás, habiendo de pagar al monasterio de censo en cada un año para siempre jamás 35 cargas y media de pan, mitad de trigo, mitad de cebada, puesto en la villa de Cuevas, en las casas del Monasterio el último día de Setiembre, y á más una procuración en cada un año, el año que la quisiere tomar el dicho Abad, el cual y el Prior, Monjes y convento se quitaban y desamparaban de las dichas heredades por cualquiera manera ó razón, dándolas por aquella carta de censo perpetuo al Concejo, Alcalde, Regidores y Oombres buenos de dicho lugar, para que fueran suyas y de quien ellos quisieren ó por bien tuvieren, dándoles poder cumplido para entar en ellas, venderlas, empeñarlas, cambiarlas y hacer de ellas á su voluntad, pasando por la dicha carga de las 35 cargas de pan y procuración del dicho censo en cada un año, no pudiendo ser vendidas las dichas heredades á caballero ni á dueña poderosa ni á persona religiosa ni poderosa, salvo á persona lega y llana y abonada de quien el monasterio pudiera cobrar el censo; que si dejase el pueblo de pagar dos años podría el convento entrar en las heredades de su propia autoridad, y tomarlas con codas las mejoras; que si hubiese de vender ó enajenar, se hiciera primeramente saber al convento y á los sucesores, por si las querían comprar, tanto por tanto como otro por ellas diese, y por último el convento se obligó con sus bienes á hacer sanas en todo tiempo, de cualquiera que las contrariase; demandare ó embargare, todos las dichas heredades ó parle de ellas, y á seguir á su costa y sacar á salvo á dicho Concejo, siendo primeramente sobre ello requeridos:

Resultando que adquirido en 1843 de la Nación por D. Antonio Mateos el censo que el Concejo de Nebreda pagaba anualmente al suprimido monasterio de San Pedro de Arlanza, solicitó del Intendente de Burgos en 10 de Agosto de dicho año, en atención á que se le habían entregado los títulos de pertenencia y escrituras de imposición, que se le entregasen dichos documentos, ó se le franqueasen los testimonios competentes, y en su virtud se libró testimonio con relación á un libro titulado *Granería Arlanza*, que contenía los encabezos de granos del convento desde 1805, de dos asientos correspondientes á dicho año y al de 1806, en que se expresa que el Concejo de Nebreda pagaba de censo perpetuo 120 fanegas mitad de trigo y cebada que había de poner á su costa en el granero de Covarrubias:

Resultando que el Alcalde, Síndico y tres vecinos de la villa de Nebreda nombrados por el Concejo, otorgaron escritura en 21 de Diciembre de 1843, por la que sin ser visto alterar ni novar la escritura de imposición de censo antes referida, y antes por el contrario dejándola en su fuerza y vigor la aprobaron y ratificaron, reconociendo por dueño y señor á D. Antonio Mateos, á quien pagarían las 120 fanegas en un año de pan mediado, obligándose á cumplir todos los pactos, condiciones, penas de comiso y demás que contuviera la escritura de imposición ó que se acostumbraran poner en las de su clase y naturaleza, quedaban por insertas é incorporadas:

Resultando que por fallecimiento de D. Antonio Mateos en 1868 se

adjudicó el censo á D. Jacinto Mateos, uno de sus hijos, y en 30 de Enero de 1879, Felipe Martín González, Lino Núñez Arroyo y Cirilo Pastor González por sí y en representación de la mayor parte de los vecinos otorgaron escritura de reconocimiento, obligándose á seguir pagándole como dueño del censo las 120 fanegas de pan mediado, dejando en toda su fuerza y vigor la escritura de imposición é hipotecando además especial y expresamente un monte perteneciente á los Propios, radicante en jurisdicción de Nebreda y conocido con el nombre de Andesa, poblado de encinas y carrascas, que se comprometían á no enajenar ni gravar con otra responsabilidad que la del pago del censo:

Resultando que posteriormente por escritura de 13 de Julio de 1879 D. Jacinto Mateos vendió á D. Felipe Martín González y demás indicados, por la cantidad de 13.750 pesetas el mencionado censo, en la proporción que para cada uno señaló:

Resultando que en el *Boletín oficial* de la provincia de Burgos correspondiente al 7 de Mayo de 1881 se anunció la venta de un monte en el término de Nebreda, denominado Andesa, procedente de sus propios, y en el cual se hallaban enclavadas varias fincas de propiedad particular que quedaban por tanto eliminadas, el cual se hallaba afecto á un censo perpetuo á favor de D. Cirilo Pastor y otros vecinos de dicho pueblo de 120 fanegas de pan mediado que el pueblo satisfacía anualmente, que componían un capital de 57.360 pesetas que se rebajarían al comprador:

Resultando que verificada la subasta en 12 de Julio de dicho año 1881 á favor de D. Benito Menéndez Valdés, como mejor postor, en precio de 60.010 pesetas, en 19 del propio mes dedujeron en el Juzgado de primera instancia de Burgos D. Felipe Martín González y consortes la demanda objeto de estos autos, consignando como hechos: que por cesión del Monasterio de Arlaza tenía el pueblo de Nebreda el dominio útil del monte Andesa, sito en su jurisdicción, sobre el que por reconocimiento del directo gravitaba un censo de 120 fanegas de pan mediado, que enajenado por la Administración pública había sido adquirido por los demandantes D. Jacinto Mateos; que subastado el monte por el Estado, se había reconocido á favor de ellos el censo con un capital de 57.360 pesetas, y adjudicado como mejor postor á D. Benito Menéndez Valdés con 60.010 pesetas, descontando el importe del censo, quedaba un líquido de 2.650 pesetas, correspondiendo á la décima parte que debía pagarse la suma de 265 que consignaba, y deduciendo de estos hechos que concurrían en la finca y en los demandantes los requisitos que las leyes exigían para que procediera el retracto de comuneros ó de dominio útil, de que hacían uso, dentro del término prescrito por la ley, acompañando escritura de fianza para responder de cualquier perjuicio que pudiera experimentar el vendedor, y comprometiéndose á conservar la finca sin separar los dominios en seis años, suplicaron que se condenase al comprador D. Benito Menéndez Valdés á otorgar dentro del término de tercero día á favor de los demandantes escritura de venta del monte Adesa, jurisdicción de Nebreda, ó á cederles en el acto la aprobación de la subasta recibiendo el precio del primer plazo si lo hubiese satisfecho; bajo apercibimiento de otorgarse de oficio á su costa:

Resultando que D. Benito Menéndez Valdés impugnó la demanda, consignando como hechos: que no se acreditaba con ninguno de los documentos acompañados á ella que el monte Andesa perteneciera al

monasterio, ni que éste lo cediera al Concejo de Nebreda; que lo cedido por dicho monasterio en el año de 1450 al indicado pueblo no fué el dominio útil de ciertas y determinadas fincas con reserva del directo, sino que le cedió ambos dominios, de modo que el Concejo quedó dueño único de las heredades que el Monasterio poseía y que no se sabía cuales eran con la única obligación de abonar el canon, á la cual respondían, no sólo los inmuebles recibidos, sino también todos los demás del pueblo y los que en lo sucesivo adquiriese; que sobre el monte Andesa no había gravitado el censo reconocido á favor del manasterio, ni se citaba en la escritura de constitución, ni en la de concordia, ni en la sentencia de ejecución recaída contra el pueblo, por no haber satisfecho el canon en el último siglo, ni en la de reconocimiento del censo que hicieron los de Nebreda en 1843 á solicitud de D. Antonio Mateos siendo la única carga que sobre el monte gravitaba la de haber sido hipotecado por el Concejo expresa y especialmente en el año de 1879 para responder al pago de aquella cantidad de trigo y cebada; y que el comprador adquirió el monte del Estado tan sólo con esa hipoteca y con la obligación de pagar el canon, pero sin que al anunciarse la venta ni al realizarla, se dijera que el dominio útil correspondía al Estado; y que de estos hechos dedujo, como fundamentos de derecho que el censo contituido por el monasterio no fué enfitéutico sino reservativo, puesto que se trasmitieron ambos dominios, no se estableció el comiso ni se estipuló el laudemio, circunstancias que distinguían perfectamente ambos censos; que se hallaba en el pleno dominio de dicho monte, puesto que en la subasta no se hizo distinción, su venta se respetaba por los demandantes, y según la Real orden de 1862, eran nulas las enajenaciones de las fincas desamortizadas en que se hubieran trasmitido juntos el dominio útil y el directo, sin la debida expresión de que el primero era sólo el que pertenecía á la corporación; y que la ley de Junio de 1866, citada de contrario, carecía de aplicación, porque se refería al derecho de retraer que correspondía á los condueños con el Estado en las fincas desámortizadas que el último enajenase, y se había visto que no pertenecía ningún dominio á los actores en el monte de que se trataba:

Resultando que suministrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia estimando el retracto interpuesto por D. Felipe Martín González y consortes, condenando en su virtud á Don Benito Menéndez Valdés á otorgar á favor de aquellos dentro del término de tercero día la correspondiente escritura de venta de la finca mencionada, con los demás pronunciamientos consiguientes á esta declaración, é imposición de todas las costas al demandado: y que interpuesta por éste apelación, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos confirmó en 29 de Mayo de 1882 la sentencia apelada, si bien alzando la condena de costas impuesta al demandado:

Resultando que D. Benito Menéndez Valdés interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° Al considerar la Sala sentenciadora con evidente error de hecho, demostrado por la simple inspección de la escritura de 23 de Enero de 1450, que por su otorgamiento quedó el monte de Andesa acensuado y obligado al pago de las 35 cargas y media de pan, la ley del contrato contenida en dicha escritura, dándole una inteligencia y alcance que no tenía y que pugnaba con sus términos literales y explícitos, toda vez que declaraba que dicha escritura de imposición de censo sobre

multitud de fincas sitas en diversos pueblos se refería exclusivamente al monte Andesa, que ni por incidencia aparecía nombrado en ella; infringiéndose además la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consignada en las sentencias de 15 de Febrero de 1870, 4 de Enero de 1871, 17 de Marzo de 1863, 14 de Febrero de 1864 y 29 de Enero de 1873, en que se declara que los contratos deben cumplirse en los términos en que se hallan redactados, sin ampliarlos á cosas ni á casos que no se hayan estipulado expresamente, habiendo lugar á la casación cuando la inteligencia dada por la Sala sentenciadora á sus términos es notoriamente contraria al texto de los mismos; y por último, que lo estipulado por las partes en un contrato elevado á escritura pública debía respetarse y cumplirse como ley en la materia, siendo nula la sentencia que prescindía de ello ó lo alteraba, sin que fuera lícito darle, como había sucedido en este caso, una inteligencia de que resultase el exclusivo provecho de una de las partes y el perjuicio para la otra:

2° La misma ley del contrato contenido en los demás documentos acompañados á la demanda, cuales eran la escritura de concordia de 1635, el testimonio de los autos ejecutivos seguidos en 1704, la certificación librada en 1843 por las oficinas de Hacienda y la escritura de reconocimiento otorgada á favor de D. Antonio Mateos en 1844, en ninguno de cuyos documentos se hacía mención del monte Andesa, porque jamás perteneció al monasterio de San Pedro de Arlanza, sino á los Propios de Nebreda, confirmándolo así la escritura de reconocimiento otorgada en 1879 por los vecinos de dicho pueblo á favor de D. Jacinto Mateos, hijo del D. Antonio, puesque en ella por primera vez aparecía el nombre de dicha finca para hipotecarla como de los Propios del pueblo:

3° Al consignar la sentencia que dicho monte era tenido por uno de los inmuebles pertenecientes al censo de Arlanza, según habían declarado ocho testigos, la ley 114, tít. 18, Partida 3ª, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal consignada en sentencia de 3 de Julio de 1873, según la cual los hechos consignados clara y precisamente en escrituras públicas ocorgadas con todas las solemnidades legales, no pueden alterarse por medio de prueba testifical expuesta á error en muchos casos, por cuanto se contraría el precepto de dicha ley, que ordena que las escrituras públicas valen para probar lo que en ellas se dijese, toda vez que en ninguna se decía que se impusiera censo sobre el monte Andesa, ni que éste perteneciera en ningún tiempo al monasterio de Arlanza, y si haberse hipotecado especialmente en 1879 como finca de los Propios de Nebreda:

4° Al declarar que el censo impuesto sobre las fincas del monasterio de Arlanza debía considerarse como enfitéutico, porque en la escritura se establecieron todas las condiciones que distinguían este contrato de todos los demás, las leyes 28 y 29, tít. 18 de la Partida 5ª, citadas en la sentencia que establecen como condición necesaria de la enfitéusis y consiguiente derecho de retraer, que el dominio está dividido en directo y util, y en la escritura de que se trata no se hizo tal división, sino una venta real y acabada, con algunas condiciones que lo mismo convenían al censo enfitéutico que al reservativo, pues sabido era que así la pena del comiso como el derecho de tanteo se pactaban en uno y otro censo, al paso que la condición de pagar el laudemio era esencial de la enfiteusis, y sin embaogo no figuraba en la del monasterio de Arlanza, por lo que atendidos sus términos, la cuantía de la pensión y la

circunstancia de ser productivas las fincas asignadas al censo, no se había podido, sin infringir las citadas leyes y la 68 de Toro, 1ª, tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación, estimar enfitéutico un censo que sólo podía y debió entenderse reservativo por hacerse mérito de pactos que concurrían en ambos, según estaba declarado por este Supremo Tribunal en sentencia de 9 de Febrero de 1871;

Y 5º Al afirmar la sentencia recurrida que en el anuncio de la subasta se dijo con claridad que se vendía sólo el dominio útil, error que estaba demostrado con el ejemplar del *Boletín Oficial*, en el que se leía que sobre la finca vendida gravitaba un censo, cuyo capital se rebajó del precio de la enajenación, la ley del contrato, puesto que se desentendían y contrariaban los términos y condiciones de la venta realizada por el Estado, y el art. 9º de la ley de 15 de Junio de 1866, según el que sólo compete el derecho de tanteo al condueño en las enajenaciones que verifique el Estado de la parte que le corresponda en fincas cuyo dominio se halle dividido, lo cual no existía en este caso:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Benito de Ulloa y Rey:

Considerando que la escritura de 23 de Enero de 1450 se ajustó á las prescripciones establecidas en las leyes 28 y 29, tít. 8º de la Partida 5ª, para la constitución del censo enfitéutico, habiéndose pactado, entre otras condiciones, el derecho á retraer á favor del dominio directo; y esta circunstancia autorizaría la demanda de retracto, porque los contratos, cualquiera que sea el nombre que las partes les den, deben cumplirse cuando no son contrarios á las leyes y á las buenas costumbres:

Considerando que la Sala sentenciadora, teniendo en cuenta lo que aparece de la escritura de constitución del censo, del expediente formado por la Hacienda para la enajenación del monte en cuestión, y que los testigos aseguran que es una de las fincas gravadas, apreciación que en la forma que la Sala lo hace no fué impugnada, estima la demanda, y por consiguiente no infringe ley alguna de las que á este propósito se citan, porque se parte de supuestos equivocados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Benito Menéndez Valdés, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en lás costas; y devuélvanse los autos á la Audiencia de Burgos con la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 15 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

16

Recurso de casación (15 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*— Inclusión y exclusión de bienes de un inventario.—Ha lugar al interpuesto por D. Emilio Alix y López con D. Vicente San Juan (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

Que el inventario de una herencia ha de ser la descripción de los bienes y derechos que á la misma correspondan en el estado que tenían á la muerte de aquel á quien pertenecieron, según lo prevenido en las leyes 5ª, tít. 6º, Partida 6ª; 109, tít. 18, Partida 3ª y el art. 431 de la de Enjuiciamiento civil próxima anterior á la vigente.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Cate-

dral de Murcia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Emilio Alix y López, vecino de Murcia, representado por el Procurador D. Angel Calvo, bajo la dirección del Licenciado D. José Díez Macuso, con D. Vicente San Juan y Rech, como marido de Doña Concepción de las Heras y Alix, y Doña Josefa Cañada y Moreno, y en su nombre el Procurador D. José García Noblejas, dirigido por el Licenciado D. José Gallostra, sobre inclusión y exclusión de bienes en un inventario:

Resultando que Doña Concepción Gonzalez de Avellaneda, Condesa del Valle de San Juan, otorgó testamento nombrando herederos universales de sus bienes á D. Ignacio Carrasco en las dos terceras partes y á D. Ramón Alix en la tercera restante habiéndose adjudicado á éste con dicho motivo la tercera parte de dos casas principal y accesoria, sitas en Madrid, calle de Isabel la Católica, números 25 y 27:

Resultando que los dos herederos, en documento privado de 1º de Octubre de 1849, convinieron en transigir todas sus diferencias con motivo de dicha herencia, teniendo por aprobadas y canceladas todas las cuentas de la testamentaría y las particulares de los contratantes, conviniendo, entre otras cosas, que D. Ramón Alix cedía á D. Ignacio Carrasco los derechos que pudiera tener á las casas de Madrid por el precio de 10.000 duros, que pagaría Carrasco cuando tuviera por conveniente, obligándose á abonarle mientras no los pagase 10.000 reales anuales por semestres vencidos:

Resultando que D. Ramón Alix y Doña María de la Cabeza López tuvieron de su matrimonio tres hijos, D. Emilio, D. José y Doña Pilar, y que ocurrido su fallecimiento intestado se promovió en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de Murcia el correspondiente juicio universal, formalizándose los inventarios, en los cuales se incluyeron la tercera parte de las casas de Madrid y el testamento de la Condesa del Valle de San Juan como título para acreditar que pertenecían á la testamentaría:

Resultando que puestos de manifiesto los interesados, D. Emilio Alix y López solicitó en escrito de 24 de Mayo de 1880 que se incluyeran en el inventario una cadena de oro y otras alhajas, y el crédito de 50.000 pesetas contra D. Ignacio Carrasco, procedente de la enajenación hecha en favor de éste por el difunto D. Ramón Alix de la tercera parte de las casas de Madrid que le fué legada por la Condesa del Valle de San Juan, solicitando la exclusión de los inventarios de dichas casas y testamento; fundando su pretensión en que celebrado el contrato á que se refería el documento privado de que se ha hecho mérito entre el difunto Alix y Carrasco, había dejado de pertenecer á la testamentaría, perteneciendo hoy á la misma el crédito de las 50.000 pesetas; pretendiendo por último la exclusión de los inventarios de un quinqué de su propiedad:

Resultando que D. Vicente San Juan, como marido de Doña Concepción de las Heras, en representación de su difunta madre Doña Pilar Alix y Doña Josefa Cañada y Moreno, viuda de D. José María Alix, por sí y á nombre de su hijo D. José María Alix y Cañada, se opusieron á la inclusión en el inventario de la cadena y demás alhajas, solicitando que continuase inventariada la tercera parte de las casas, por haber sido adquiridas por D. Ramón Alix en virtud de herencia de la Condesa del Valle de San Juan como uno de los varios bienes que ésta dejó á su fallecimiento, y que no habían sido legalmente trasmitidos ó enajenados por título que produjera ineludible obligación, pues era axioma de de-

recho que no había lugar á inventariar como propios de una testamentaría los bienes que se encontraban en poder de cualquiera de los herederos ó de terceras personas mientras no se probase cumplidamente el dominio en favor del causante de aquélla; y que constando acreditado por documento público que adquirió el derecho á heredar ciertas fincas en cuyo dominio y posesión entró por razón de testamento, no debían excluirse de la herencia de este causante, á no ser que se probase por documento público la enajenación definitiva ó en juicio se venciera por quien tuviera derecho á tales fincas; y por último se allanó á la exclusión del inventario del quinque por no pertenecer á la testamentaría:

Resultando que al propio tiempo promovieron demanda D. Vicente San Juan y consortes para que se ampliase con ciertos datos y se rectificase la partida del inventario correspondiente á la tercera parte de las expresadas casas; y que acumulados ambos juicios y sustanciados en dos instancias, dictó sentencia en 21 de Abril de 1882 la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, confirmatoria con las costas de la del Juez inferior, declarando no haber lugar á la inclusión en el inventario solicitado por D. Emilio Alix López de los pendientes de oro y demás alhajas indicadas y del supuesto crédito de 200.000 rs. por virtud del documento privado que otorgaron D. Ignacio Carrasco y D. Ramón Alix, como tampoco á la exclusión de la tercera parte de las dos casas sitas en Madrid, calle de Isabel la Católica, números 25 y 27 modernos, que deberían en su día adjudicarse tal y como resultasen de su actual descripción, ni á excluir tampoco el testamento inventariado de la Condesa del Valle de San Juan traído al inventario para formar parte del especial de documentos; procediéndose también á inventariar como propio que resultaba ser el causante D. Ramón Alix Martínez el documento privado otorgado con D. Ignacio Carrasco para que sirviera así de garantía á los derechos de la testamentaría y á excluir del inventario el quinqué colgante reclamado por D. Emilio Alix, continuando adelante el juicio de testamentaría:

Resultando que D. Emilio Alix y López interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° Las leyes 5ª, tít. 6°, Partida 6ª, y 100, tít. 18, Partida 3ª. que fijan la naturaleza del inventario y la forma y orden con que debe hacere, comprendiendo ambas la doctrina legal que rige en la materia de que si por un lado el inventario debe abarcar los bienes y derechos todos del difunto por el orden en que el art. 431 de la ley anterior de Enjuiciamiento y el 1066 de la moderna señalan, por otro nunca pueden incluirse en él bienes de que el difunto en vida dispusiera ó hubiera vendido, porque no podían considerarse de su caudal, toda vez que la sentencia recurrida excluía del inventario formado á la defunción de D. Ramón Alix las cantidades que comprendía el contrato privado en 1° de Octubre de 1849, que se había venido cumpliendo hasta el día, privando al recurrente y herederos, en general, de los 10.000 duros ó los 10.000 rs. anuales que se venían percibiendo; y la jurisprudencia sentada en los fallos de este Tribunal Supremo de 3 y 5 de Enero de 1872, al mandar se incluyan en el inventario la tercera parte de las dos casas de la calle de Isabel la Católica, núm. 25, que D. Ramón Alix vendió á D. Ignacio Carrasco en la repetida fecha en 1° de Octubre de 1849, según dicho contrato demostraba, y que por lo mismo no pudieron considerarse de la propiedad del difunto D. Ramón á su reciente fallecimiento:

2° La doctrina legal contenida en la ley 13, tít. 9°, Partida 7ª, de

que según derecho como una persona es contada la del heredero y la de aquél á quien heredó, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal que la aplica, entre otros fallos, en los de 9 de Diciembre de 1864, 10 de Noviembre de 1865 y 27 de Noviembre de 1868, declarando que es doctrina legal que el heredero se estima identificado con el que por tal le instituyó, y que quien en concepto de heredero universal hereda todos los derechos y acciones de una persona, también sucede en los cargos y obligaciones de ésta, y por consiguiente, está obligado á cumplir lo pactado y convenido por su causante, toda vez que la parte contraria se resistía, y el fallo sancionaba su insistencia á admitir en el inventario el contrato privado y las sumas que desde la muerte del padre del recurrente se habían remitido al mismo:

3º La ley del contrato representado en lo convenido en el de 1º de Octubre de 1849, la ley 1ª tít 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que dispone que en cualquiera manera que aparezca que uno quiso obligarse queda obligado; la jurisprudencia consignada en las sentencias, entre otras, de este Supremo Tribunal de 27 de Junio de 1865, 3 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1873 y 20 de Mayo de 1874, por cuanto siendo el heredero como una misma persona con aquél á quien hereda, y dada la doctrina legal de que los que contratan se obligan por sí y sus herederos, no cabía duda alguna de que los herederos de D. Ramón Alix estaban obligados en los mismos términos que aquél, á cumplir lo pactado, recibiendo como él lo hacía los 10 000 rs. anuales que por virtud del contrato se les entregaban, y llevando el inventario esta suma como cuantas del mismo aparecían, sin oponerse á su legítima inclusión que había sido desechada por la sentencia recurrida, privando así su eficacia al contrato, cuya autenticidad había quedado justificada por medio de cotejo pericial:

4º La doctrina de que el contrato de compra venta como esencialmente consensual, queda perfecto y es obligatorio desde que los contrayentes convienen en la cosa y en el precio; la jurisprudencia que la sanciona consignada en las sentencias de este Supremo Tribunal, entre otras, de 10 de Julio y 31 de Diciembre de 1869, la comprendida en las de 20 de Mayo y 24 de Octubre de 1873, y la ley 6ª, tít. 5º, Partida 3ª (así dice), que establece que sin carta se puede hacer la vendida cuando el comprador y el vendedor se avienen en el precio y consienten ambos en ello; por cuanto no sólo se hallaba perfecto por el consentimiento el contrato de venta celebrado entre Alix y Carrasco, sino además consumado por el hecho de la entrega de la cosa y el precio en la forma pactada, sin embargo de lo cual la sentencia que reconocía la autenticidad del documento, acordaba que se inventariase como de Alix la tercera parte de las casas que vendió á Carrasco;

Y 5º Los arts. 61 de la ley de Enjuiciamiento anterior y 359 de la moderna que contiene la misma prescripción, y la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, por cuanto no sólo faltaba la claridad en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, sino que era contradictoria en cuanto á este recurso se refería la primera parte de la misma en que se declaraba no haber lugar á incluir en el inventario el crédito que suponía el documento privado de 1º de Octubre de 1849, y la segunda en que mandaba inventariar el referido documento, con lo cual no se comprendía se quisiera sólo verificar un hecho valdío. sino que dicho inventario había de trascender al crédito que, sin embargo, en la parte anterior prohibía que se incluyera en él:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que el inventario de una herencia ha de ser la descripción de los bienes y derechos que á la misma correspondan en el estado que tenían á la muerte de aquél á quien pertenecieron, según lo prevenido en las leyes 5ª, tít. 6ª, Partida 6ª; 109, tít. 18, Partida 3ª y el art. 431 de la de Enjuiciamiento civil próximo anterior á la vigente:

Considerando, relativamente á la herencia de D. Ramón Alix, que este venía percibiendo 2.500 pesetas anuales como intereses de 50.000 en conformidad á lo pactado con D. Ignacio Carrasco, cuyo crédito debe incluirse en el inventario; y no habiéndolo estimado así, la sentencia infringe las leyes antes citadas que se invocan en el primer motivo de casación:

Considerando que por idénticas razones se ha cometido igual infracción al ordenar que se inventarie la tercera parte de las casas, sita en esta capital, números 25 y 27, calle de Isabel la Católica que no la tenía el finado Alix á su fallecimiento, cualquiera que fuesen sus derechos y los que hayan trasmitido á sus herederos, los cuales no pueden ser declarados ni preguzgados en la formación del inventario de su herencia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Emilio Alix y López; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 21 de Abril de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete; y devuélvase al recurrente el depósito constituido.—(Sentencia publicada el 15 de Enero de 1883 é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

17

Recurso de casación (15 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Esperanza Caballero con D. Mariano González (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que según las leyes 7ª y 18, tít. 11, de la Partida 4ª, y las demás por que se rige esta materia, aunque el marido no puede enajenar ni gravar la dote inestimada, puede disponer de los frutos de la misma durante el matrimonio para sostener las cargas de la sociedad conyugal.*

2º *Que deben reputarse cargas de la sociedad conyugal, á cuyo pago están afectos los frutos de los bienes de la dote de la mujer, ya sea estimada ó inestimada, las deudas que contrae el marido durante el matrimonio, aunque lo verifique por sí sólo sin el consentimiento de su mujer, mientras no se pruebe que procedió con dolo ó que se invirtieron en cubrir obligaciones personales del mismo marido independientes de dicha sociedad:*

3º *Que resuelta la cuestión del pleito conforme á la doctrina legal expuesta anteriormente, la sentencia no infringe las leyes 7ª y 18, título 11, Partida 4ª, art. 188 de la ley Hipotecaria y jurisprudencia á su tenor establecida por el Tribunal Supremo, cuya cita es además improcedente, porque se hace en el concepto inexacto de haber gravado el marido los bienes de la dote inestimada á favor de una obligación personal del mismo, sin relación alguna con las cargas del matrimonio, cuando de la escritura resulta que tomó el préstamo para atender á necesidades de su casa y familia, sin que se haya probado lo contrario, y la*

obligación y el embargo se limitaron á las rentas, sin gravar la finca, á cuyas rentas se limita también la demanda de tercería de dominio deducida:

4° Que la ley 4ª, tít. 13, Partida 3ª, se refiere solamente á la conoscencia que es fecha en juicio, y es impertinente citarla como infringida si no se ha utilizado en el pleito como medio de prueba la confesión judicial;

Y 5° Que si la recurrente no negó en su demanda hecho alguno cuya prueba debiera incumbir á su contrario, debiendo presumirse de derecho que las deudas que contrae el marido durante el matrimonio son para sostener las cargas de la sociedad conyugal, mientras no se pruebe lo contrario, esta prueba incumbía á la misma recurrente, como parte demandante, conforme á la doctrina establecida en las leyes 1ª y 2ª, título 14, Partida 3ª, sin que las infrinja la sentencia que así lo estime.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Enero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital y en la Sala primera de la Audiencia de esta capital por Doña Esperanza Caballero y Gómez con D. Mariano González Soubrié, empleado, y Don José Altolaguirre y Jáudenes, esposo de aquélla, los tres vecinos de esta corte, sobre tercería de dominio; autos que penden ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Doña Esperanza por el Procurador D. Patricio García Alcañiz, bajo la dirección del Licenciado D. Miguel Ayllón y Altolaguirre, habiendo representado y defendido al González Soubrié el Procurador D. José López Sánchez y el Licenciado D. José María Llorente, sin que haya comparecido en los autos D. José Altolaguirre:

Resultando que en 14 de Junio de 1873 D. José Altolaguirre y Doña Esperanza Caballero, viuda de D. José Gutiérrez, otorgaron escritura de dote inestimada, en la que dijeron que estaban próximos á contraer matrimonio; habiendo convenido que previamente á su celebración se constituyera la dote inestimada de los bienes que aportaba al mismo la Doña Esperanza, y la procedencia de éstos, y al efecto declaró la Doña Esperanza pertenecerla legítimamente los bienes que se mencionan en dicha escritura, entre ellos una casa en esta capital, calle de Fuencarral, números 7 antiguo, 16 moderno, esquina á la de las Infantas, por la que tenía el núm. 2: que estaba pronta á entregar á su futuro esposo D. José Altolaguirre los expresados bienes para su administración, en concepto dé dote inestimada que no causaba venta, y por consecuencia reservándose la Doña Esperanza el dominio de los mismos; y estando conforme Altolaguirre en recibirlos en tal concepto, otorgaron: la Doña Esperanza, que entregaba en aquel acto á su futuro marido, y éste que recibía en concepto de dote inestimada que no causaba venta los enunciados bienes, de cuya escritura se puso nota en el Registro de la propiedad:

Resultando que en 8 de Noviembre de 1878 D. José Altolaguirre otorgó á favor de D. Mariano González una escritura pública, por la que se obligó á pagar la cantidad de 8.000 pesetas que le había prestado para atender á urgentísimas necesidades de su casa y familia y con el carácter de renta anticipada, obligando á la seguridad del pago no sólo sus bienes en general, sino que especialmente las rentas de la casa situada en esta capital, en la calle de Fuencarral esquina á la de las Infantas, señalada por la primera con el núm. 16 y por la segunda con el núm. 2, ambos modernos, núm. 7 antiguo, cuya administración le co-

rrespondía por haber recibido la finca y conservarla en concepto de dote para su esposa Doña Esperanza Caballero, según la escritura antes mencionada, facultando al acreedor y otorgándole poder irrevocable para que desde luego administrase la referida casa y percibiera sus rentas, reservándose al fin de cada trimestre el importe respectivo de 666 pesetas 66 céntimos, con más los intereses que en su caso correspondieran por cualquier cantidad atrasada, y entregando al D. José Altolaguirre, el sobrante que pudiera haber, si bien éste conservaría la administración y percibo de renta mientras fuera puntual en el pago de los trimestres á su respectivo vencimiento:

Resultando que no habiendo cumplido Altolaguirre con lo estipulado en la escritura anterior, por lo que respecta al pago de las cantidades correspondientes á los trimestres vencidos en 8 de Noviembre de 1880, 8 de Febrero y 8 de Mayo de 1881, se despachó á instancia de D. Mariano González en 7 de Julio siguiente mandamiento de ejecución contra los bienes de aquél, y especial y señaladamente contra las rentas de la casa núm. 16 de la calle de Fuencarral, por la cantidad de 1.999 pesetas 98 céntimos, intereses y costas:

Resultando que en 17 de Agosto de 1881, Doña Esperanza Caballero dndujo demanda de tercería de dominio, exponiendo: que la Doña Esperanza aportó á su matrimonio con Altolaguirre, entre otros bienes, la casa deslindada en la escritura de dote referida; que en autos ejecutivos promovidos por D. Mariano González con Altolaguirre, se habían declarado embargados los alquileres de la casa expresada, alegando como fundamentos de derecho que la entrega de la dote no causa venta, conservando la mujer el dominio de los bienes en que consiste al entregar al marido la administración; que correspondiendo á la mujer los bienes dotales, la corresponde también los frutos de los mismos; que los frutos de los bienes dotales no tienen otra responsabilidad que la de atender con ellos á las cargas del matrimonio, y de ningún modo á las obligaciones personales del marido; que entre las cargas d l matrimonio no pueden entenderse comprendidas las deudas contraídas solamente por el marido; que sólo pueden estimarse como cargas de la sociedad conyugal las obligaciones contraídas con motivo ú ocasión de esa sociedad legal, en el concepto de inherentes á la institución del matrimonio, que los compromisos voluntariamente contraídos por el marido no revisten el carácter de cargas de matrimonio en ningún caso, el cual sólo surge de la obligación que como cónyuge cumple al marido contraerlos; por cuya virtud pidió se declarase que los productos de la casa en cuestión no estaban sujetos á las responsabilidades que por el ejecutante D. Mariano González se pretendía hacer efectiva, y que por lo tanto debía alzarse el embargo practicado con expresa condenación de costas á dicho ejecutante:

Resultando que admitida la demanda y emplazados los demandados se mostró parte el ejecutante D. Mariano González, y al contestarla pidió que se desestimase en todas sus partes, con expresa condenación de costas; exponiendo como hechos los que resultaban de la escritura de préstamo, base de la ejecución y del auto de 7 de Julio de 1881 despachándola, y además añadió: que pronunciada sentencia de remate venció un nuevo plazo, y á instancia de D. Mariano se amplió á él dicha sentencia; y que en este estado se había presentado la demanda de tercería de dominio á las rentas ó alquileres obligados y embargados de la casa en cuestión; pero á pesar de haber presentado la escritura

dotal, no había acreditado la Doña Esperanza que tuviera el carácter de casada y estarlo con D. José Altolaguirre, y en los fundamentos de derecho alegó: que al marido corresponde la administración de los bienes dotales, ya sean estimados, cuya entrega haya causado venta, ya inestimados, ó aun cuando estimados, su entrega no produce aquel efecto, tiene el derecho de percibir todos sus frutos, los cuales gana para mantenerse con su mujer, hijos y familia, según las leyes 7ª y 25, tít. 11 de la Partida 4ª, por lo que no era cierto que correspondieran á la mujer los frutos de los bienes dotales, al menos en absoluto; que estos frutos los concede la ley 7ª, tít. 11, Partida 4ª al marido para atender y levantar las cargas de la sociedad conyugal, y responden en totalidad á las obligaciones contraídas por aquél durante el matrimonio, según la ley 14, tít. 20, libro 3º del Fuero Real y las 207 del Estilo, y 5ª, tít. 4º, libro 10 de la Novísima Recopilación; que las deudas contraídas por el marido mientras continúa la sociedad conyugal son cargas del matrimonio; y que entre las excepciones dilatorias que enumera el art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil se encuentra la falta de personalidad del actor, la cual opina á la demandante por no acreditar el carácter con que reclama de mujer casada con Altolaguirre, y por consecuencia no ha podido trasmitir su personalidad al Procurador que la representaba:

Resultando que no habiendo comparecido en los autos D. José Altolaguirre se le acusó la rebeldía, y declarado rebelde, se confirió traslado para réplica á la parte actora, que renunció á ella; y recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por las partes:

Resultando que seguido el juicio por sus trámites la Sala primera de lo civil de la Audiencia, por sentencia de 11 de Julio de 1882, revocando en parte la del Juez de primera instancia, declaró suficientemente acreditada la personalidad de la demandante Doña Esperanza Caballero y Gómez para la interposición de la demanda deducida en estos autos y de la que absolvió a los demandados D. Mariano González Sonbrié y D. José Altolaguirre y Jáudenes, sin hacer especial condenación de costas de la primera ni de la segunda instancia:

Resultando que por parte de Doña Esperanza Caballero y Gómez se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º La ley 7ª y 18, tít. 11, Partida 4ª é Hipotecaria en su artículo 188, por cuanto da mérito á una escritura otorgada sólo por el marido y en que se gravan los bienes de la dote inestimada, sujetando sus frutos al pago de una obligación contraída sin relación algbna expresa con las cargas ó atenciones del matrimonio:

2º La ley 4ª, tít. 13, Partida 3ª, por cuanto aprecia con error de derecho la manifestación del marido consignada en la escritura de obligación dándola mérito legal, siendo así que carece de él en tanto que el marido no pruebe lo que afirmó:

3º Las leyes 1ª y 2ª, tít. 14, Partida 3ª, en cuanto comete error de derecho suponiendo que Doña Esperanza Caballero venía obligada á probar lo que niega:

4º Las sentencias de este Tribunal Supremo de 27 de Setiembre de 1859, 1º de Marzo de 1867, 26 de Febrero y 20 de Junio de 1879, en cuanto á que absuelve de una demanda fundada en que la obligación cuyo pago se exige no constituye carga del matrimonio y da mérito y valor y eficacia legal á un compromiso exclusivamente contraído por

el marido para atenciones que han de entenderse personales cuando no se especifican:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que según las leyes 7ª y 18, tít. 11 de la Partida 4ª, que se citan en el primer motivo del recurso, y las demás por que se rige esta materia, aunque el marido no puede enajenar ni gravar la dote inestimada, puede disponer de los frutos de la misma durante el matrimonio para sostener las cargas de la sociedad conyugal:

Considerando que deben reputarse cargas de la sociedad conyugal á cuyo pago están afectos los frutos de los bienes de la dote de la mujer, ya sea estimada ó inestimada, las deudas que contrae el marido durante el matrimonio, aunque lo verifique por sí sólo sin el consentimiento de su mujer, mientras no se pruebe que procedió con dolo ó que se invirtieron en cubrir obligaciones personales del mismo marido independientes de dicha sociedad, cuya prueba no se ha intentado en este pleito:

Considerando que resuelta la cuestión del pleito conforme á la doctrina legal expuesta anteriormente, la sentencia no infringe las leyes y doctrina que se citan en los motivos 1º y 4º del recurso, cuya cita es además improcedente, porque se hace en el concepto inexacto de haber gravado el marido los bienes de la dote inestimada á favor de una obligación personal del mismo, sin relación alguna con las cargas del matrimonio, cuando de la escritura resulta que tomó el préstamo para atender á necesidades de su casa y familia, sin que se haya probado lo contrario, y la obligación y el embargo se limitaron á las rentas, sin gravar la finca, á cuyas rentas se limita también la demanda de tercería de dominio deducida por la recurrente:

Considerando que es impertinente la cita de la ley 4ª, tít. 13, Partida 3ª, que se hace en el segundo motivo, porque esta ley se refiere solamente á la conocencia que es fecha en juicio, y en el presente caso no se ha utilizado como medio de prueba la confesión judicial:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las leyes 1ª y 2ª, tít. 14, partida 3ª, en el concepto que se alega en el tercer motivo, porque la recurrente no negó en su demanda hecho alguno cuya prueba debiera incumbir á su contrario, y porque debiendo presumirse de derecho que las deudas que contrae el marido durante el matrimonio son para sostener las cargas de la sociedad conyugal, mientras no se pruebe lo contrario, esta prueba incumbía á la misma recurrente, como parte demandante, conforme á la doctrina establecida en dichas leyes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Esperanza Caballero y Gómez, á la que condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de esta Corte, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 15 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto del mismo año.)

18

Recurso de casación (16 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—Nulidad de una escritura.—Reivindicación de bienes.—No ha lugar al interpuesto por D. José Bartolomé Santos con D. Ignacio Hevia (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

1º *Que no tratándose de propiedad, sino de posesión, no son aplica-*

bles la ley 10, tít. 14, Partida 3ª; 3ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación y doctrinas del Tribunal Supremo, que declaran que no puede ejercitarse útilmente la acción reivindicatoria sin que el actor pruebe el dominio á su favor de la cosa demandada; y que para poder utilizar la acción de nulidad y declarar la de un contrato consignado en un documento revestido de todas las solemnidades legales, es necesario justificar si contiene el vicio de falta de capacidad y de potestad en los otorgantes para contraer y disponer de lo que es objeto de la convención, ó que haya intervenido intimación, violencia ó dolo que haya dado causa al contrato;

Y 2º Que los artículos 23, 34 y 36 de la ley Hipotecaria no son aplicables á la inscripción de mera posesión, si el derecho inscrito no ha sido convalidado por la prescripción, con arreglo al párrafo final del 34 de la misma ley, según ya lo tiene declarado el Supremo Tribunal.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Enero de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de la Pola de Laviana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Ignacio Hevia y Viciella, vecino de Pino, Concejo de Alier, con D. José Bartolomé Santos, vecino de Orle, Concejo de Caso, sobre nulidad de una escritura y reivindicación de bienes; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Enrique Ucela y el Procurador D. Juan Guerrero Brea, en defensa y representación del demandado, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que por fallecimiento intestado de D. Juan Hevia Ordóñez fué declarada heredera en unión de otros su sobrina Doña Rita Castañón Hevia, mujer de D. Carlos Gutiérrez Solís; y que en virtud de información posesoria practicada por dicha Doña Rita y demás herederos fué inscrita la posesión de las fincas rústicas tituladas Gargantadas Cuartas y Vega de Abajo, á nombre de dicho D. Juan Hevia Ordóñez en el Registro de la propiedad de Laviana:

Resultando que otorgada la escritura de partición de bienes entre los herederos, inscribieron cada uno de ellos sus respectivos títulos de herencia; y que Doña Rita Castañón Hevia, asistida de su marido Don Carlos Gutiérrez, enajenó por escritura de 10 de Noviembre de 1871 á favor de D. José Otero y D. José Bartolomé Santos la mayor parte de la mencionada finca Gargantadas Cuartas y una porción de terreno en el prado Vega de Abajo, cuyos adquirentes inscribieron este título:

Resultando que por sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo fué declarado heredero de D. Juan Hevia Ordóñez el hijo natural de éste D. Ignacio Hevia y Viciella, en la parte de bienes libres que constituían la herencia de aquél, condenándose á los demandados en dicho pleito, los declarados herederos abintestato de D. Juan, á restituir y dejar á disposición de D. Ignacio todos los bienes que en tal concepto hubiesen percibido y conservasen en su poder; reservando además al demandante las acciones que pudieran asistirle respecto de las fincas que hubiesen sido enajenadas:

Resultando que con estos antecedentes y haciendo uso de dicha reserva, dedujo demanda D. Ignacio Hevia y Viciella en 21 de Febrero de 1881, con la pretensión de que se declarase nula la escritura de 10 de Noviembre de 1871 y se cancelase la inscripción de la misma, declarando que le pertenece el dominio de las fincas Gargantadas Cuartas y parte de la Vega de Abajo, y condenando á D. José Bartolomé

Santos á entregar y dejar á su disposición la parte que de dichas fincas posee, con los frutos y rentas que produjesen y debiesen producir desde que fué contestada la demanda; alegando en su apoyo que el contrato de compra-venta, consignado en la susodicha escritura de 10 de Noviembre de 1871, era ineficaz y no debía servir de obstáculo al éxito de la acción reivindicatoria que ejercitaba con arreglo á lo establecido en la ley 33, tít. 5°, Partida 5ª, y al principio de derecho *nemo dat quod non habet*: que el demandado había adquirido dichas fincas de quien sólo aparecía en el Registro como poseedor, lo cual no era bastante para que le hubiera sido trasferido el dominio, porque la inscripción de la posesión no perjudicaba al que tenía mejor derecho al inmueble, aunque su título no hubiera sido inscrito, según lo dispuesto en los artículos 34, párrafo sétimo, y 403 de la ley Hipotecaria, y lo declarado por este Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Junio de 1880; y que por último, el otro comprador en la susodicha escritura D. José Otero se había allanado á esta demanda en el acto de conciliación prestándose á dejar á su disposición la porción de dichas fincas que estaba disfrutando:

Resultando que D. José Bartolomé Santos opuso á la demanda que hallándose inscritas las fincas á nombre de la vendedora en virtud del título de herencia de su tío D. Juan Hevia, y siendo este título de dominio, al adquirir el demandante las fincas é inscribir su dominio se hizo revocable respecto del demandado el derecho de la vendedora, conforme al art. 34 de la ley Hipotecaria, no obstante ser de posesión la inscripción del causante de ésta, toda vez que la causa que daba lugar á la nulidad de la escritura de venta era independiente del derecho de dicho causante sobre las fincas; y que la sola inscripción á favor de Doña Rita Castañón, que contaba más de cinco años de fecha, obstaba por sí sola al éxito de la demanda, conforme al art. 23, párrafo 2° de la citada ley Hipotecaria:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó sentencia en 17 de Mayo del año último, confirmatoria de la de primera instancia, excepto en la parte referente á imposición respecto de costas, declarando nula é ineficaz la escritura otorgada en 10 de Noviembre de 1871 por D. Carlos Gutiérrez Solís y su mujer Doña Rita Castañón, y mandando cancelar la inscripción de dicho título, así como que al D. Ignacio Hevia y Viciella pertenece el dominio de la finca Gargantadas Cuartas y tercera parte del prado Vega de Abajo; y condenando á D. José Bartolomé Santos á que entregue y deje á disposición del actor la parte de dichas fincas que posee, con los frutos y rentas que debieran haber producido desde la contestación á la demanda:

Resultando que D. José Bartolomé Santos interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 10, tít. 14, Partida 3ª y la doctrina legal consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1862, 23 de Noviembre de 1865, 27 de Marzo de 1866, 3 de Enero de 1868, 20 de Abril de 1874, 19 de Octubre del mismo año, 6 de Diciembre de 1875 y en otras muchas, que exigen y declaran que no puede ejercitarse útilmente la acción reivindicatoria sin que el actor pruebe el dominio á su favor de la cosa demandada, en el concepto de que el demandante no ha justificado ni intentado siquiera justificar el dominio en su favor de las fincas litigiosas; pues no basta su carácter de heredero de su padre natural:

2° La ley 3ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recdpilación, que de-

clara obligatorio el cumplimiento y la observancia de todo contrato de compra-venta ó cualquiera otro que no tenga vicio de nulidad, con arreglo á las leyes y la doctrina legal derivada de repetidas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de las de 22 de Enero de 1864, 21 de Diciembre de 1866 y 28 de Enero de 1873, de que cuando resulta acreditada la existencia de un contrato y no se prueba que intervino en él error, falsa causa ó dolo, es obligatorio y eficaz, siendo ineludible su cumplimiento; porque á pesar de haber concurrido en el contrato consignado en la escritura de 10 de Noviembre de 1871 todos los requisitos que exigen las leyes para su validez, se declara que es nulo por suponerse equivocadamente que la vendedora Doña Rita Castañón dispuso de bienes que según declaración hecha posteriormente no le pertenecían:

3° La doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Enero de 1864, de que para poder utilizar la acción de nulidad y declarar la de un contrato consignado en un documento revestido de todas las solemnidades legales, es necesario justificar si contiene el vicio de falta de capacidad y de potestad en los otorgantes para contraer y disponer de lo que es objeto de la convención, ó que haya intervenido intimidación, violencia ó dolo que haya dado causa al contrato, en ninguno de cuyos casos se halla el consignado en la susodicha escritura:

4° El art. 23 de la ley Hipotecaria de 3 de Diciembre de 1869, que previene en su párrafo segundo que la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado no perjudica á tercero si no hubiesen trascurrido cinco años desde la fecha de la misma; toda vez que la sentencia recurrida á pesar de que los primeros herederos de D. Juan Hevia inscribieron su título de herencia en 18 de Julio de 1870, habiendo trascurrido por lo tanto más de cinco años hasta 18 de Noviembre de 1876, en que fué declarado heredero de Don Ignacio Hevia, condena sin embargo al recurrente, que es un tercero, á devolver las fincas que adquirió de quien las poseía por título tan legítimo como hereditario:

5° El art. 34 de la misma ley Hipotecaria, que declara que no obstante lo preceptuado en el anterior, los actos ó contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto á tercero, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito ó de causas que no aparezcan del mismo Registro; toda vez que en el momento en que la sentencia recurrida asimila y equipara el título hereditario al dominio y le estima bastante para engendrar la acción reivindicatoria, es claro que siendo consecuente con esta apreciación, tiene que reconocer que el primitivo título hereditario no producía también los mismos efectos; por lo tanto, que los primeros herederos tienen los mismos derechos y prerrogativas que el demandante:

Y 6° El art. 36 de la repetida ley, que previene que las acciones rescisorias ó resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme á lo prevenido en la ley; toda vez que cuando el recurrente adquirió las fincas Gargantadas Cuartas y parte de la Vega de Abajo no constaba en el Registro ninguna causa de rescisión ó de resolución del derecho que asistía á Doña Rita Castañón; y por lo tanto, la declaración de heredero hecha poste-

riormente en favor de D. Ignacio Hevia no puede perjudicar al recurrente, que es el tercero de que habla la ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe las disposiciones y doctrinas invocadas, porque los tres primeros motivos se refieren á la propiedad y no á la posesión, que es de lo que se trata, y los artículos de la ley Hipotecaria citados en los tres últimos no son aplicables á la inscripción de mera posesión, si el derecho inscrito, como aquí sucede, no ha sido convalidado por la prescripción, con arreglo al párrafo final del 34 de la misma ley, según ya lo tiene declarado este Supremo Tribunal;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Bartolomé Santos, á quién condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna al de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 16 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

19

Recurso de casación (17 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE COSTAS.—Ha lugar al interpuesto por D. Eduardo Muñoz de Baena, como curador ejemplar de su hermano D. Joaquín, en pleito con este (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que condenado un litigante por auto firme al pago de las costas de un litigio, debe procederse á su exacción por la vía de apremio, sin permitir que se promuevan cuestiones extrañas á la índole de este procedimiento que deban ventilarse en juicio separado:

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de la Latina de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Eduardo Muñoz Baena, curador ejemplar de D. Joaquín Muñoz Baena, y en su nombre el Procurador D. Anjel Calvo, bajo la dirección del Licenciado D. José Díaz Macuso, con D. Joaquín Muñoz Baena, representado por el Procurador D. Antonio Mínguez de la Puente, dirigido por el Licenciado D. Narciso de Olañeta, y el Ministerio fiscal sobre pago de costas:

Resultando que D. Joaqín Muñoz Baena sigue autos con su hermano D. Eduardo Muñoz Baena en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta Corte sobre nulidad del nombramiento de curador ejemplar de D. Joaquín, que hizo á favor del D. Eduardo el Juez de primera instancia del distrito del Hospicio:

Resultando que en dichos autos el Procurador D. Antonio Mínguez, que representa al referido D. Joaquín Muñoz, presentó escrito en 28 de Enero de 1881 solicitando que de los fondos pertenecientes á su representado, que obraban en la Caja de Depósitos, se le abonase la cuenta de sus derechos, que presentó, y se le proveyese de los necesarios para atender á los gastos del pleito:

Resultando que el curador ejemplar D. Eduardo Muñoz Baena impugnó esta pretensión, que apoyada por el Promotor fiscal, el Juez la

estimó en providencia de 1° de Febrero de dicho año, y que habiendo apelado el citado curador, la Sala segunda de la Audiencia de esta Corte confirmó, con las costas, en auto de 17 de Setiembre del año último la providencia apelada:

Resultando que tasados que fueron y devueltos los autos al Juzgado inferior á instancia del Procurador Mínguez, se mandó en providencia de 12 de Diciembre requerir á D. Eduardo Muñoz Baena para que en el término de tercero día consignase el importe de aquéllas en que había sido condenado; y que requerido en efecto, consignó la suma que se le exigía, pero con la protesta de que lo verificaba en el concepto de curador ejemplar del D. Joaquín, único en que litigaba y era parte en los autos; reservándose cargar su importe en las primeras cuentas que rindiese de su curatela, y que en otro caso se reformase la citada providencia, declarándolo así y apelando subsidiariamente de lo contrario:

Resultando que denegada en auto de 14 de Diciembre la declaración y reforma que se pretendía, y admitida la apelación por haberse insistido en alla, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta Corte confirmó, con las costas, en 18 de Abril de 1882 la providencia y auto apelados, fundando su decisión en que si bien el curador era el complemento de la personalidad del incapacitado, esto se entendía cuando los intereses de uno y otro no estaban en abierta oposición, ó sea cuando dicho curador defendía realmente los derechos de aquél y no los suyos propios; y que litigando en este caso uno y otro por su propio interés, era evidente que cada parte debía satisfacer las costas causadas á su instancia y todas aquellas en que hubiera sido expresamente condenado:

Resultando que D. Eduardo Muñoz Baena, como curador ejemplar de su hermano D. Joaquín, interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La doctrina legal consignada en la ley 17, tít. 16, Partida 6ª y por tanto la ley misma, que no es más que la aplicación á las tutelas y curatelas del principio jurídico en virtud del cual el que obra en nombre de otro y en su interés exclusivo, como el albacea, el mandatario, ecétera, no puede ser obligado personalmente á satisfacer ni ejecutar cosa alguna, sino que toda condena debe hacerse efectiva en los bienes de aquel en cuyo nombre se sostiene el litigio:

2° La doctrina legal contenida, entre otros fallos, en el de 16 de Febrero de 1875, en virtud de la cual no puede exigirse el pago de costas á ningún litigante cuando no ha precedido expresa condenación de ellas en auto ó sentencia firme; doctrina corroborada con la jurisprudencia, también infringida, de este Supremo Tribunal, comprendida, entre otros, en sus fallos, de 30 de Enero de 1860 y 11 de Octubre de de 1865, de que es un principio legal que las sentencias deben concretarse en su decisión á las personas que hubieren litigado: y el recurrente, que no lo había hecho en su nombre, sino como curador ejemplar de su hermano, no había podido ser condenado personalmente, sino tan sólo en el concepto en que litigaba:

3° La ley 19, tít. 22, Partida 3ª, y la ejecutoria de 17 de Setiembre de 1881, ley para las partes que litigaron, por cuanto habiéndolo hecho con el carácter de curador ejemplar, y no habiéndose determinado que se le imponían las costas personalmente, se había resuelto lo contrario de lo que ahora había venido á determinarse, por lo cual la re-

solución recurrida era nula, como toda la que pronunciándose para el cumplimiento de otra ejecutoria anterior la contrariaba ó extendía sus disposiciones á otros casos que no comprendía, según tenía declarado también este Supremo Tribunal en diferentes fallos, entre otros en los de 14 de Mayo de 1867 y 25 de Enero de 1875;

Y 4° La propia ley y la jurisprudencia invocadas en el motivo anterior de la fuerza que tiene el juicio afinado, aplicada á la sentencia recaída en un ramo de los mismos autos y con idéntica pretensión, dictada por aquella Audiencia en 14 de Octubre de 1881, y á la que dió fuerza ejecutoria este Supremo Tribunal en su fallo de 9 de Mayo de 1882, y en la que se sienta la doctrina legal de que el que litiga como curador, sólo en tal concepto se obliga y pueden afectarle las condenas de costas debiendo cubrirse su importe con los bienes de la curatela:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que condenado un litigante por un auto firme al pago de las costas de un litigio, debe procederse á su exacción por la vía de apremio, sin permitir que se promuevan cuestiones extrañas á la índole de este procedimiento que deban ventilarse en juicio separado:

Considerando que en este caso se hallan las pretensiones de Don Eduardo Muñoz Baena para que se declare que la consignación de las costas que hizo en virtud de la condena que le fué impuesta era en el concepto de curador ejemplar de su hermano D. Joaquín, reservándose cargar su importe en las primeras cuentas que rindiese, y que al resolverlas el auto contra el que se ha interpuesto el actual recurso, ha infringido la ejecutoria de 17 de Setiembre de 1881, citada en el mismo, extendiendo sus disposiciones á extremos no comprendidos en ella, y que no han sido discutidos en forma para poder ser legalmente decididos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Eduardo Muñoz Baena, como curador ejemplar de su hermano D. Joaquín; y en su consecuencia casamos y anulamos en el auto que en 18 de Abril de 1882 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta Corte; devolviéndose al recurrente el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 17 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

20

Recurso de casación (19 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—NEGACIÓN DE SERVIDUMBRE.—No ha lugar al interpuesto por Doña Amalia Moscoso con D. Francisco Eduardo Capeans (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que deducida la acción negatoria de servidumbre, al demandado que asegura existir y hallarse constituída á su favor incumbe probar ambos extremos por alguno de los medios establecidos por derecho, en conformidad á lo que determinan las leyes 14 *y* 15, *tít.* 31, *Partida* 3ª, *según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo.*

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Enero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Negreira y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Doña Amalia Moscoso Lisay, vecina de Santiago, propietaria, con D. Francisco Eduardo Capeans, vecino de la parroquia de Santa Eulalia de Logrosa, propieta-

rio, sobre acción negatoria de servidumbre; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto á nombre de la Doña Amalia Moscoso por el Procurador D. Daniel Doce, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Monterio Ríos; habiendo representado y defendido á D. Francisco Eduardo Capeans el Procurador D. Manuel Martín Veña y el Licenciado D. Aureliano Linares Rivas:

Resultando que por escritura otorgada en 26 de Marzo de 1849, D. Francisco Moscoso y D. Manuel Ferreiro dijeron que por justos y legítimos títulos eran dueños y poseían, el primero, entre otras fincas, el terreno baldío inmediato á la fuente del lugar de la Chancela, su cabida de un ferrado sobre poco más ó menos, que linda por el Poniente con el corral de la casa en que habitaba Alonso López; Norte con el camino real; Levante con la misma fuente, y vendaval con tierra de Manuel Ferreiro, y éste lo era de las heredades que en la escritura se expresan; y habiendo convenido ambos otorgantes en el trueque de las mencionadas fincas, lo verificaban, entre otras, bajo las condiciones siguientes: tercera, que en cualquier tiempo en que el Ferreiro ó sus herederos y sucesores determinasen acotar ó cerrar con muro el terreno baldío de la Fuente de la Chancela de Abajo, habían de dejar fuera del circundado la propia fuente, con el terreno suficiente para el cómodo uso de ella, y dejar también expedito el curso de las aguas que manan de la misma y del abrevadero inmediato, para que marchen en la dirección marcada en contratos anteriores, esto es, corriendo por la parte de afuera del muro que reedifique, pero sin tomar el camino real, de modo que su vertiente se efectúe en el punto señalado en los referidos contratos, abriendo además y conservando siempre el Ferreiro á su costa el cauce que requiere el raudal hasta el expresado punto en que debe verter: cuarta, que el Ferreiro reconocía el derecho que el Moscoso tenía para dirigir adonde le acomodase las aguas del cargo de sobre la referida fuente desde la noche del sábado hasta la del domingo de todas las semanas, cuyo aprovechamiento le correspondía en el propio período y prometía no estorbarle nunca en el ejercicio de aquel derecho, consintiendo que en caso contrario se le impusiese la pena que mereciese y las costas que causase: quinta, que el Manuel Ferreiro, por sí y en nombre de sus herederos y sucesores, renunciaba y apartaba para siempre del derecho y acción de quejarse y reclamar cosa alguna al Moscoso por razón de los derrames y perjuicios que los ganados de éste ó de sus herederos y sucesores causen en cualquiera tiempo en el expresado baldío de la fuente, hállese ó no murado: undécima, que en cualquier tiempo en que resultase que todas ó algunas de las referidas fincas se hallaban sujetas ó hipotecadas al cumplimiento de contratos anteriores á la fecha del registro de esta escritura, en la Contaduría de hipotecas apareciese sobre ellas alguna carga, gravamen ó servidumbre que disminuya su valor y estimación, ó llegase á declararse que eran de la pertenencia de un tercero que demande su restitución por los medios legales, querían se tuviese por nula y rescindida esta permuta, sin necesidad de declaración judicial, quedando por consiguiente cada uno de los otorgantes y sus herederos autorizados en cumplida forma para apoderarse de los bienes que recíprocamente enajenaban, con todos los perfectos y mejoramientos hechos en ellos; y en esta conformidad otorgaron que por sí y á nombre de sus tres hijos, herederos y sucesores, se daban recíprocamente en permuta el D. Francisco Moscoso las tres propiedades denominadas de la Vería, baldío de la fuente de la Chan-

cela y terreno junto al lado de Payzas, y el Manuel Ferreiro las cuatro llamadas de Sorrego y Casabella, según todas ellas quedan especificadas, las cuales aseguraron los otorgantes no tener enajenado ni sujetado á ninguna carga ni responsabilidad:

Resultando que en 22 de Octubre de 1878, Doña Amalia Moscoso Disay interpuso interdicto de recobrar posesión contra D. Francisco E. Capeans, fundado en los hechos siguientes: que era dueño D. Francisco Moscoso, padre de la demandante, de varios terrenos, y entre ellos del baldío inmediato al portalón de la casa de la misma y fuente sita en el lugar de la Chancela de Abajo, en la parroquia de Logrosa; su cabida un ferrado poco más ó menos; que linda por el Oeste con casa de los herederos de D. Alonso López; Norte terreno de la Moscosa; Este dicha fuente, y Sur tierra que fué de Manuel Ferreiro, camino público en medio, que le dió en permuta por la escritura de 26 de Marzo de 1849; y entre las condiciones que contiene dicha escritura, la 3ª se refiere á que caso que Ferreiro intentase acotar ó cerrar tal baldío, había de quedar fuera de él dicha fuente, con el terreno suficiente para el uso de la misma: que antes de tal permuta y desde ésta hasta la fecha del interdicto, la demandante y sus causantes, ya por sí ó ya á medio de sus caseros é inquilinos, vino siempre en la posesión de pasar desde el portal de su casa para el servicio de la fuente por medía del terreno baldío, regresando del mismo modo: que á pesar de dicha posesión, fué despojada de la misma por el D. Francisco E. Capeans, el cual con varios carros de piedra interceptó el paso ó sendero peonil por donde se servía para la fuente, esparciendo aquéllas en el terreno y aun ocupando parte de ellas el terreno correspondiente á la gavia ó zanja del muro que cierra la finca de Doña Amalia Moscoso y divide del baldío, de cuya parte era dueña y estaba en posesión, de la que por el propio orden fue despojada: que despachado el interdicto sin audiencia, acudió al Juzgado D. Francisco Eduardo Capeans con escrito de 24 de Octubre de 1878, en el que se ratificó en el propio día, pidiendo que se suspendiese la tramitación del referido interdicto por estar pronto á retirar ó separar de la senda ó camino peonil las piedras que lo entorpecían, y así también á hacer igualmente operación con las otras que estaban en la zanja; de cuya pretensión se dió traslado á la Doña Amalia Moscoso; y por auto de 28 de Octubre de 1878 se mandó que tomada que fuese razón por el actuario de haber sido cumplidos los dos extremos que en su recurso del 24 ofreció Capeans se archivase este expediente, haciendo saber también al Capeans que no interrumpiese en la posesión dicha á la Doña Amalia Moscoso:

Resultando que en 14 de Enero de 1880, D. Francisco Eduardo Capeans dedujo demanda ordinaria contra Doña Amalia Moscoso sobre acción negatoria de servidumbre, fundada en que Doña Amalia en 22 de Octubre de 1878 presentó interdicto de recobrar la posesión contra el demandante, suponiendo la había despojado del sendero que tenia para ir á la fuente de la Chancela de Abajo por medio del antes mencionado terreno ó campo baldío y abierto y del terreno ó gavia de ese vallado con unas piedras de cantería que habían conducido algunos carreteros de orden de Capeans y descargado en todo ese baldío, cuya extensión ó cabida será la de un ferrado poco más ó menos; pidiendo que se la restituyese en ella, con costas: que tuvo buen cuidado de formular el interdicto sin audiencia de Capeans; pero imposibilitado para hacer ver la mala fe de la Moscoso y su absoluta carencia de derecho,

mirando por sus intereses creyó oportuno apartarse, cómo se apartó, del mismo, haciéndose ascender los gastos á la enorme suma de 238 pesetas 75 céntimos, sin incluir algunas más posteriores á la regulación: que se le hubo por apartado con la reserva del derecho en juicio ordinario: que la Doña Amalia Moscoso no tuvo ni tenía la posesión y gavia ó servicio á que se contraía el primer hecho; y después de alegar los fundamentos legales, pidió que en definitiva se declarase el terreno inmediato ó baldío á la fuente de la Chancela de Abajo, en la parroquia de Logrosa, libre de la servidumbre de senda y sin gavia, zanja ó servicio sobre él el vallado que de Este á Oeste lo separa del terreno que fué carretera antiguamente; y que usurpándolo la Doña Amalia Moscoso lo único que allí tenía, condenando á esta á no hacer ninguna novedad, á dar caución de no volver á inquietarle, á devolverle las costas que á consecuencia del interdicto de recobrar ha tenido que satisfacer y abono de daños y perjuicios ocasionados, con los más pronunciamientos favorables y naturales á la cuestión:

Resultando que conferido traslado á Doña Amalia Moscoso, al evacuarle pidió se desestimase la demanda, con las costas, exponiendo que se conformaba con el primer hecho de la demanda, hechas algunas excepciones: que también estaba conforme con el segundo, tan sólo en cuanto se dice que el interdicto fué sin audiencia; lo mismo que con el tercero; pero de ninguna manera con el cuarto: que la demanda cuyo traslado se le confería adolecía de defecto legal en el modo de proponerla: que Doña Amalia Moscoso tenía un incontrovertible derecho á la senda para la fuente de la Chancela de Abajo, como dueña del terreno ó gavia del muro que circunda terreno de su propiedad, y en la posesión legítima de ambos derechos está restituída, según diligencia judicial practicada en el expediente de la demanda de interdicto que refiere el demandante en el hecho primero; de suerte que el mismo carecía de medios legales hasta para ponerlo en duda siquiera, dado que le son muy conocidos los títulos de propiedad que en tales derechos tenía la demandada, pues que así lo expuso en la demanda de interdicto y lo ha contestado y alegado á la de interdicto de retener, que con tanta malicia formuló en su contra el actual demandante, la que aún estaba pendiente:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones; y recibido el pleito á prueba, practicadas las propuestas por aquéllas por medio de posiciones, documentos y testigos, y unidas, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 9 de Junio de 1881, por la que dejando sin ningún valor ni efecto el auto de 28 de Octubre de 1878, dictado en el interdicto de recobrar propuesto por Doña Amalia Moscoso Lisay contra D. Francisco Eduardo Capeans, declaró que el terreno denominado Campo de la Fuente de la Chancela de Abajo, descrito en el primer resultando, se halla libre de la servidumbre de senda y de zanja ó gavia que pretende la Doña Amalia Moscoso, á la que condenó á reintegrar al Capeans las costas, que satisfizo, provenientes del mismo, para cuya regulación se le reserva de su derecho, que podia ejercitar en el correspondiente juicio; condenando igualmente á la demandada en las costas de este litigio:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que en 7 de Enero de 1882 pronunció la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por parte de Doña Amalia Moscoso y Lisay, se interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1º Que la Sala sentenciadora ha apreciado las pruebas presentadas en el pleito como bastante para acreditar que sobre el terreno baldío y el muro que de Este á Oeste los limita no se hallaban constituídas las servidumbres de senda ó zanja ó gavia que habían motivado el interdicto; y sin embargo, el mismo demandante qne reclamaba la libertad de las fincas reconoció espontáneamente en su demanda el hecho de que existían realmente antes del interdicto la senda en el terreno baldío y la rampa en el muro, las cuales había él interceptado con piedras de cantería; esta senda y gavia constan también en el plano del terreno por el mismo demandante presentado y en la inspección ocular que se celebró para examinar su exactitud; y siendo por regla general de sana crítica que cuando una de las partes ha reconocido espontáneamente un hecho como verdadero y cierto, no puede el Juzgado apreciar en su beneficio como insuficiente las pruebas por él presentadas para demostrar la inexactitud del hecho que él mismo tiene por verdadero, parece haberse infringido esta regla de sana crítica por la Sala sentenciadora al declarar á favor de Capeans que no existía la senda ó gavia como servidumbre propia de Doña Amalia Moscoso:

2º Que la Sala sentenciadora, al apreciar la cláusula 3ª de la escritura de 26 de Marzo de 1849 en el sentido de que no se habían constituído allí las servidumbres cuya libertad fué objeto de la demanda de Capeans, parece haber infringido la doctrina legal fundada en la ley 2ª, tít. 25, Partida 7ª, y reconocida en varias sentencias de este Tribunal Supremo, y entre otras, la de 16 de Noviembre de 1870 y 23 de Febrero de 1881, según la cnal las cláusulas y palabras de un contrato deben interpretarse combinándolas entre sí, ateniéndose al hacer esta combinación al objeto y fin que los contratantes se propusieron al celebrar el contrato, pues es notorio que de la obligación que en dicha cláusula contrajo el adquirente del terreno baldío de no reclamar nunca á Moscoso ni á sus herederos los daños y perjuicios que sus ganados pudieran ocasionarle en el baldío de la fuente, cuyo aprovechamiento á Moscoso correspondía, que estuviese aquél cerrado ó abierto, resulta que el Moscoso había de poder entrar con sus ganados en tal terreno, y asimismo de la obligación que en la propia cláusula contrajo Ferreiro á favor de Moscoso de dejar fuera del mismo que hubiere de construir, cuando quisiere cerrar y acotar el baldío, el terreno bastante para el cómodo uso de la fuente, resulta con toda evidencia que Moscoso había de poder continuar usando de dicha fuente por el terreno baldío que permutaba con el Ferreiro:

3º Que si en la mencionada cláusula 3ª aparecen por lo dicho constituídas con suficiente claridad las expresadas servidumbres, la Sala sentenciadora, al declarar que no existen parece haber infringido la ley 14, tít. 31, Partida 3ª, que ordena que las servidumbres pueden constituirse por contrato:

Visto, siedo Ponente el Magistrado D. José María Alix:

Considerando que deducida la acción negatoria de servidumbre al demandado que asegura existir y hallarse constituída, á su favor incumbe probar ambos extremos por alguno de los medios establecidos por derecho, en conformidad á lo que determinan las leyes 14 y 15, título 31, Partida 3ª, según tiene declarado repetidamente este Tribunal Supremo:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la regla de sana crítica que se invoca en el primer motivo del recurso, porque D. Francisco Eduardo Capeans, al allanarse á la demanda de interdicto, lo hizo

sólo en el concepto de entablar la acción que dió lugar al presente juicio, pero no reconoció la existencia de la servidumbre cuestionada, como con error afirma la parte recurrente:

Considerando que de las cláusulas 3ª y 5ª de la escritura de 26 de Marzo de 1849 no resultan constituídas las servidumbres de senda y de gavia ó zanja, como supone Doña Amalia Moscoso, una vez que la primera sólo impone la obligación de dejar el terreno necesario para el cómodo uso de la fuente de que habla, y por la quinta únicamente se renuncia á todo derecho de reclamar los daños que puedan causar los ganados en el terreno de que se trata; y por lo tanto, la sentencia que declara la no existencia de las servidumbres no infringe las leyes y doctrinas que se alegan en el segundo y tercer motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declarrmos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpnesto por Doña Amalia Moscoso y Lisay, á la que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Coruña, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 19 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

21

Apelación por denegatoria de recurso de casación en asunto de Ultramar (20 *de Enero de* 1883).—*Sala tercera.*—Se confirma el auto apelado por D. Francisco Serra con D. Ramón Roseti (Audiencia de la Habana), y se resuelve.

1º *Que el art.* 1013 *de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que el recurso de casación puede fundarse en la incompetencia de jurisdicción en los casos en que no haya sido el Tribnnal Supremo quien hubiera resuelto este punto, cuando ha recaído sentencia definitiva ó resuelto artículo que ha puesto término al juicio, como previene el art.* 1010:

2º *Que no es definitiva la sentencia que no sólo no pone termino al juicio, sino que dispone dónde puede continuarse y discutirse el derecho y preferencia que tengan los acreedores: discusión indispensable, y que ha de entenderse necesariamente con los Síndicos de la quiebra, que son los que han de defenderla y ejercitar las acciones y excepciones que la compelan;*

Y 3º *Que la acumulación de autos se rige por disposiciones especiales que no están relacionadas con las de competencia de jurisdicción.*

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Enero de 1883, en los autos que ante Nos pueden en virtud de apelación, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la ciudad de la Habana y en la Sala tercera de la Audiencia de la misma por D. Francisco Serra sobre cumplimiento de un juicio de paz, convenido con D. Ramón Roseti, en el día acumulación de dichos autos á los de quiebra de Roseti:

Resultando que en 13 de Enero de 1879 D. Francisco Serra demandó en acto de cociliación á D. Ramon Roseti ante el Juez de paz del distrito de la Catedral de la ciudad de la Habana para que le abouase la cantidad de 15,273 pesos 50 centavos que le tenia prestados: que el demandado reconoció la deuda, y manifestó estar conforme en que se procediera á vender judicialmente el establecimiento de peletería que poseía para que se cubriese la cantidad reclamada y los gastos que se ori-

ginasen: que aceptada la propuesta por el actor, y nombrando un perito por cada parte, el Juez dió por terminado el acto:

Resultando que D. Francisco Serra acudió por medio de Procurador al Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral para que se llevase á efecto lo convenido, y para ello solicitó que los peritos electos aceptaran sus nombramientos, y verificado, procediera al avalúo de los bienes obligados para que oportunamente tuviera efecto la venta judicial ó remate en el orden legal; y por auto de 14 de Enero de 1879, se accedió á lo pedido por Serra, previo el que se procediese por el Escribano actuario al inventario, del establecimiento con asistencia de los interesados, mandándcse posteriormente proceder á la subasta de los efectos tasados:

Resultando que en este estado, el Juez de primera instacia del distrito de Guadalupe dirigió exhorto al de la Catedral para que mediante haber sido declarado en estado de quiebra D. Ramón Roseti por auto de 1° de Febrero á instancia de D Antonio Gutiérrez, con suspensión de todo procedimiento, remitiera para su acumuladión á los autos de quiebra las diligencias del juicio de conciliación, convenido entre D. Ramón Roseti y D. Francisco Serra, y dicho Juez del distrio de la Catedral, despues de oir á Serra, por sentencia de 11 del repetido mes de Febrero de 1879 declaró haber lugar á la acumulación de estos á los de la quiebra del demandado Don Ramón Roseti, de que conocía el Juez de primera instancia del distrito de Guadalupe, y que en su virtud se le remitieran citadas y emplazadas las partes:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que en 24 de Marzo de 1879 dictó la Sala tercera de la Audiencia de la Habana, Don Francisco Serra formuló recurso de casación por infracción de ley, citando al efecto las que consideraba haberlo sido; y denegada la admisión del recurso por la referida Sala, en auto de 23 de Abril del precitado año, Serra interpuso apelación, que le fué admitida, para ante este Tribunal Supremo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que el art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que el recurso de casación puede fundarse en la incompetencia de jurisdicción en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiera resuelto este punto cuando ha recaído sentencia definitiva ó resuelto artículo que ha puesto término al juicio, como previene el art. 1010:

Considerando que la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso de casación, no sólo no pone término al juicio, sino que dispone dónde pueda continuarse y discutirse el derecho y preferencia que tengan los acreedores; discusión indispensable, y que ha de entenderse necesariamente con los Síndicos de la quiebra, que son los que han de defenderla y ejercitar las acciones y excepciones que la competan:

Considerando que la acumulación de autos se rige por disposiciones especiales que no están relacionadas con las de competencia de jurisdicción, y por consiguiente, el caso actual no está comprendido en el art. 111 de la ley de Enjuiciamiento civil que el recurrente cita como fundamento para pedir la casación de la sentencia, ni existe disposición alguna que le autorice;

Fallamos que debemos confirmar y confirmamos, con las costas, el auto dictado en 23 de Abril de 1879 por la Sala tercera de la Audiencia de la Habana, á la que se libre certificación para los efectos correspon-

dientes.—(Sentencia publicada el 20 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Agosto del mismo año.)

22

Recurso de casación (22 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD DE UN INTERDICTO.—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Gómez con Doña María de Jesús Fernández de Córdoba (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

1° *Que el axioma jurídico* pacta sunt servanda *y la ley del contrato sólo pueden aplicarse á las partes contratantes, y es inoportuna, por tanto, la cita, como infringidos, que de aquél y de ésta se hace, si entre el demandante y la demandada no medió pacto alguno á cuyo cumplimiento estuviera ésta obligada:*

2° *Que la facultad concedida á unos arrendatarios para ceder en cada año alguna parte de los aprovechamientos de la dehesa arrendada no puede producir efecto alguno en perjuicio del arrendador al ocurrir el hecho que dió lugar al interdicto, si ya había espirado el plazo del arrendamiento, y con él la expresada facultad:*

3° *Que es improcedente la cita como infringida del art.* 274 *de la anterior ley de Enjuiciamiento civil y de la ley* 18, *tít.* 16 *de la Partida* 3ª, *porque además de referirse al juicio sumarísimo del interdicto, que no puede ser objeto del recurso, se dirigen á impugnar la apreciación de las pruebas, contra la cual no permite la ley el recurso de casación, sino en el caso* 7° *del art.* 1692 *de la de Enjuiciamiento civil, que no ha sido invocado por el recurrente; y debiendo estarse, por tanto á la apreciación de la Sala sentenciadora acerca de que el demandante no ha probado su acción, ni que tuviera el derecho que alega para aprovecharse de los pastos, la sentencia que por esta razón absuelve de la demanda no infringe las expresadas leyes:*

4° *Que tampoco infringe la sentencia la doctrina, con arreglo á la cual, en las demandas, más que al nombre técnico de la acción, debe estarse á lo que por ella se pide, si la sentencia, para absolver de la demanda no se funda en la naturaleza de la acción entablada, ni en el nombre técnico que le diera el demandante, sino en que éste no había probado su acción, habiéndolo hecho de sus excepciones la demandada;*

Y 5° *Que los efectos de la sentencia restitutoria dictada en un interdicto de recobrar que ha sido consentida por las partes, únicamente pueden invalidarse haciendo uso en el juicio plenario correspondiente del derecho que pueda tener el despojante y que le reserva la ley sobre la propiedad ó sobre la posesión de la cosa; y no habiendo utilizado el recurrente este medio legal, puesto que se limitó en la demanda á pedir la nulidad de la sentencia del interdicto, sin formular pretensión alguna sobre su derecho á la propiedad ni á la posesión, no podía prosperar tal demanda, y en este concepto la sentencia que absuelve de ella, no comete ninguna infracción.*

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Ciudad Rodrigo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por D. José Manuel Gómez, vecino de Fuente Robles de Abajo, representado por el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, bajo la dirección del Licenciado D. Juan Fernández Ruiz, con Doña María de Jesús Fernández de

Córdoba y Aguilar, como administradora de las testamentarías de sus difuntos padres, y en su nombre el Procurador D. José García Noblejas, dirigido por el Licenciado D. José María Fernández de la Hoz, sobre nulidad de un interdicto:

Resultando que D. Joaquín Lobo y Espinar, como administrador de los bienes y rentas correspondientes á la testamentaría del Conde de Luque, debidamente autorizado, dió en arrendamiento por escritura de 2 de Abril de 1875 á Juan Calderón Montero y otros, hasta el número de 18, la dehesa término redondo de Fuente Robles de Abajo, sita en término jurisdiccional de Sancti Spíritus, por término de tres años, que terminarían en 8 de Setiembre de 1878, por la renta en cada uno de 40.000 rs., siendo de cargo de los arrendatarios el pago de todas las contribuciones ordinarias y el salario del montaraz; pudiendo los arrendatarios ceder en cada un año una parte de los aprovechamientos que por virtud de aquel arriendo tuviesen en la finca, incluyendo los cesionarios por los respectivos al año en que tuviesen el disfrute, en la mancomunidad de aquéllos; siendo destinados los productos de todo subarriendo al pago de las rentas, y sólo estando pagados todos los condominios y contribuciones podrían los arrendatarios recibir el sobrante del valor de aquéllos ú otro cualquier producto de las fincas que les pertenecieran:

Resultando que Doña María Jesús Fernández de Córdoba, como administradora de las testamentarías de los Conde de Luque, dedujo en 9 de Setiembre de 1878, en el Juzgado municipal de Sancti Spíritus, demanda de desahucio contra Juan Calderón Montero y demás arrendatarios de la dehesa de Fuente Robles de Abajo, para que la desalojaran y dejaran á disposición de dicha administradora; y sustanciado el juicio por todos sus trámites, recayó sentencia firme en 29 de Euero de 1879, condenando á dichos colonos á desalojar la finca en el término de 20 días; bajo apercibimiento de ser lanzados si no lo verificaban, como se ejecutó respecto á algunos de los colonos que no la habían desalojado:

Resultando que en 20 del mismo mes de Setiembre de 1878, la mencionada Doña María Jesús Fernández de Córdoba, como administradora de las testamentarias de los Condes de Luque, dedujo en el Juzgado de primera instancia de Ciudad Rodrigo interdicto de recobrar la posesión en que se hallaba de la dehesa término redondo de Fuente Robles de Abajo y de que había sido despojada por D. José Manuel Gómez con la introducción en ella de varios ganados de cerda y cabrío; y que suministrada información de tres testígos sobre estos hechos, y sustanciado el juicio sin audiencia del despojante por haberse otorgado la correspondiente fianza, dictó el Juez de primera instancia en 25 de dicho mes de Setiembre sentencia restitutoria, con las declaraciones consiguientes, que fué consentida, habiéndose llevado á efecto el lanzamiento y tasádose las costas, que importaron 2.214 rs.:

Resultando que obtenido por D. José Manuel Gómez al beneficio de litigar como pobre, dedujo en 30 de Diciembre de 1879 la demanda objeto de este pleito, en la que haciendo uso de la acción posesoria y de cualquera otra que pudiera corresponderle, pretendió que se declarase nula y de ningún valor ni efecto la sentencia restitutoria dictada en el interdicto, y se condenase á Doña María Jesús Fernández de Córdoba á devolver al demandante la cantidad de 3.413 rs., importe total de las costas que había satisfecho en aquel juicio, con más las costas, daños y

perjuicios irrogados y que se les irrogasen; alegando en apoyo de su pretensión que Doña María Jesús Fernández de Córdoba no había acreditado la cualidad de administradora de las testamentarías de los Condes de Luque: que desde el día 12 de Febrero de 1869 hasta en el que tuvo lugar la sentencia restitutoria, había estado constantemente en posesión del aprovechamiento de pastos de la dehesa de Fuente Robles de Abajo, con sus ganados, autorizado legítimamente para ello por los arrendatarios de dicha dehesa, á quienes había satisfecho las cantidades estipuladas en virtud de tal arriendo: que el interdicto de recobrar no procedía más que durante el año siguiente al acto del despojo, que era el tiempo marcado para prescribir la posesión, conforme á la ley recopilada, no asistiendo por ello á Doña María de Jesús Fernandez la acción de despojo que había intentado: que siendo falta la información practicada en el interdicto, era nula y de ningún valor ni efecto la sentencia dictada en el mismo; y que dicha sentencia no tenía el carácter de ejecutoria ni producía excepción de cosa juzgada:

Resultando que Doña María Jesús Fernández de Córdoba impugnó la demanda, sosteniendo que estaba justificada su personalidad: que no procedía la nulidad de una sentencia si no mediaba causa que la determinase, lo cual sucedía en este caso, y aun mediando, sólo podía pedirse en el término que la ley establecía para alzarse de ella, pero no después que estaba ejecutoriada: que aun en el supuesto de que el demandante hubiera prescrito la posesión de la dehesa y de que hubiese sido falsa la información practicada en el interdicto, podría esto dar lugar á declaraciones de otro género, pero nunca á la nulidad pretendida de una sentencia que no procedía en ningún caso después del mismo interdicto: que no pudiendo tampoco ser viable la petición que de ella se hacía en la demanda, porque era preciso determinar la clase de acción que se ejercitaba, y la única determinada en la misma era la posesoria, que ésta era tan infundada que el mismo demandante no había podido hacer petición alguna de posesión; y que no habiendo podido los arrendatarios ceder parte alguna de los aprovechamientos de la misma sin perjuicio de su administrador, que no habían obtenido, ni tampoco su producto ser recibido por los arrendatarios, que no lo fueron más que hasta el día 8 del mismo mes de Setiembre de 1878, Don José Manuel Gómez no podía contar con derecho alguno de posesión en la dehesa:

Resultando que replicando el demandante, solicitó se declarase en primer lugar la nulidad de la sentencia del interdicto, como de cuantas diligencias aparecían practicadas en el mismo; y de no estimarlo así, se dejara dicha sentencia sin valor ni efecto alguno legal, acordando su revocación conforme lo había solicitado en el escrito de demanda, reponiendo las cosas al ser y estado que tenían antes de llevarse á efecto dicha sentencia:

Resultando que suministrada prueba por las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que confirmó con las costas la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid en 13 de Julio de 1882, declarando que el demandante no había probado su acción, habiéndolo hecho de sus excepciones la demandada; absolviéndola en su consecuencia de la demanda:

Resultando que D. Jose Manuel Gómez interpuso recurso de casación, expresando hallarse comprendido en el caso 1° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse infringido á su juicio:

1º El axioma jurídico *pacta sunt servanda*, en relación con la cláusula 11 del contrato de arriendo celebrado en 2 de Abril de 1875, también infringida; porque habiéndose pactado en ella que los cesionarios de los aprovechamientos de la dehesa serían considerados por el año que tuviese el disfrute en la mancomunidad, y por consiguiente con iguales títulos que éstos para todos los efectos de dicho contrato, la parte demandada, desentendiéndose de esa estipulación, propuso contra el recurrenre el interdicto de recobrar, á la vez que promovió contra los arrendatarios el juicio de desahucio, que en la mancomunidad consentida hubiera sido el único precedente también contra el recurrente para que dejase libre la finca:

2º El art. 724 de la ley anterior de Enjuiciamiento civil, por la que se había tramitado este pleito, en cuanto disponía que para que el interdicto procediera es condición precisa que se haya realizado el despojo de la posesión en que estaba el que lo promueve; porque dependiendo el derecho de D. José Manuel Gómez para continuar con sus ganados en la dehesa del que tenían los arrendatarios, según en la sentencia se reconocía, y estando discutido el de estos últimos á continuar en el arriendo en el juicio de desahucio que contra ellos promovió la demandante 12 días antes de deducir el interdicto, era evidente que mientras no recayera sentencia firme en el desahucio, la continuación de Gómez en la dehesa aprovechando los pastos que le estaban cedidos no podía constituir un acto de despojo, como no lo constituía la permanencia de los arrendatarios después de entablado el desahucio:

3º La ley 18, tít. 16, Partida 3ª, que en conformidad con el principio de derecho que exige imparcialidad en el testigo para que su testimonio tenga valor en juicio, dispone que no puede declarar á favor de una persona de los que se encuentren bajo su poder ó vivan á sus expensas, porque á pesar de haber respondido afirmativamente 18 testigos al hecho propuesto por el recurrente de que los tres que declararon en la información del interdicto eran parciales, la sentencia desestimaba la demanda reconociendo el valor y eficacia de la dictada en el interdicto, que no tuvo otro fundamento que la defectuosa información de los testigos parciales, de que quedaba hecho mérito;

Y 4º La doctrina legal establecida en las sentencias, entre otras, de este Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1867, 23 de Febrero de 1863, 7 de Octubre y 9 de Noviembre de 1868. con arreglo á la cual, en las demandas, más que al nombre técnico de la acción, debe estarse á lo que por ella se pide, pues si bien Gómez ejercitó la posesoria, añadiendo además que ejercitaba cualquiera otra que pudiera corresponderle, y separándose en la súplica del verdadero alcance de aquella acción designada por su nombre, que hubiese sido la declaración á su favor del derecho á permanecer en la dehesa, concretó su pretensión en armonía con las demás acciones innominadas que ponía en ejercicio, á que se dejara sin valor ni efecto la sentencia restitutoria, de todo lo cual se desentendía la sentencia para razonar únicamente en los considerandos lo que con la acción posesoria se relacionaba:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D José María Manresa:

Considerando que el axioma jurídico *pacta sunt servanda* y la ley del contrato sólo pueden aplicarse á las partes contratantes, y es inoportuna, por tanto, la eita que de aquel y de ésta se hacen en el primer motivo del recurso, porque entre el demandante y la demandada no medió pacto alguno á cuyo cumplimiento estuviera ésta obligada,

y la facultad concedida á los arrendatarios en la escritura de 2 de Abril de 1875 para ceder en cada año alguna parte de los aprovechamientos de la dehesa no podía producir efecto alguno en perjuicio del arrendador cuando ocurrió el hecho que dió lugar al interdicto, porque ya había espirado el plazo del arrendamiento, y con él la expresada facultad:

Considerando que también son improcedentes los motivos 2° y 3°, porque ademas de referirse al juicio sumarísimo del interdicto, que no puede ser objeto del presente recurso, se dirigen á impugnar la apreciación de las pruebas, contra la cual no permite la ley el recurso de casación, sino en el caso 7° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, que no ha sido invocada por el recurrente; y debiendo estarse, por tanto, á la apreciación de la Sala sentenciadora acerca de que el demandante no ha probado su acción, ni que tuviera el derecho que alega para aprovecharse de los pastos, la sentencia que por esta razón absuelve de la demanda no infringe las leyes que se citan en dichos motivos:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la doctrina que cita en el art. 4°, porque para absolver de la demanda no se funda en la naturaleza de la acción entablada, ni en el nombre técnico que le diera el demandante, sino en que éste no había probado su acción, habiéndolo hecho de sus excepciones la demanda:

Considerando, además, que los efectos de la sentencia restitutoria dictada en un interdicto de recobrar que ha sido consentida por las partes, como lo fué la de que se trata, únicamente pueden invalidarse haciendo uso en el juicio plenario correspondiente del derecho que pueda tener el despojante y que le reserva la ley sobre la propiedad ó sobre la posesión de la cosa; y no habiendo utilizado el recurrente este medio legal, puesto que se limitó en la demanda á pedir la nulidad de la sentencia del interdicto, sin formular pretensión alguna sobre su derecho á la propiedad ni á la posesión no podía prosperar tal demanda, y en este concepto la sentencia que absuelve de ella, no comete ninguna de las infracciones en que se funda el recurso por ser inaplicables al caso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Gómez, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 22 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

23

Recurso de casación en asunto de Ultramar (22 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—Defensa por pobre.—No ha lugar al interpuesto por la razón social *Uribarri y Compañía* con la Sociedad *Llanderal, Avendaño y compañía* (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que se infringe el art. 482 *de la ley de Enjuiciamiento civil al denegar el beneficio de pobreza, si la prueba hecha sobre la falta de recursos no se refiere solamente á la Sociedad de que se trata, sino también*

á los socios mismos interesados, que individualmente están comprendidos dentro de las prescripciones del mencionado artículo.

En la villa y corte de Marid, á 22 de Enero de 1883, en pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesro por la razón social *Uribarri y compañía*, representada por el Procurador D. José Arana y Morayta, bajo la direccion del Licenciado D. José Pardo y Esquinas, contra la sentencia de la Audiencia de la Habana, que ha negado á aquélla el beneficio de litigar como pobre en el pleito pendiente ante ella con la Sociedad *Llanderal, Avendaño y compañía* y con D. Fidel Fernández, que no se han personado en este Supremo Tribunal, sobre tercería de dominio:

Resultando que pendientes en el Juzgado de primera instancia de Pinar del Río los autos seguidos por la Sociedad Llanderal, Avendaño y compañía con la razón social Uribarri y compañía y con D. Fidel Fernández sobre tercería de dominio de los bienes embargados á éste, se remitieron á la Audiencia de la Habana en virtud de apelación que la Sociedad Uribarri y compañía interpuso de un auto denegatorio de quiebra de Fernández:

Resultando que el Procurador D. José Francisco Peláez compareció en la Audiencia á nombre de la Sociedad Uribarri y compañía, manifestando que ésta, formada por los socios colectivos D. Ignacio Uribarri y D. Agustín G. Cacho y por su comanditario, se había visto obligada á liquidar para pagar á sus acreedores y al comanditario, que figuraba entre ellos, teniendo que cerrar el establecimiento, y suspendiendo sus operaciones, que quedaron limitadas á la cobranza de los créditos pendientes aún á su favor: que mientras había logrado conseguir algunos recursos con la realización de los créditos que le pertenecían, había podido atender á los crecidos gastos de este pleito, pero con posterioridad á la primera instancia, en que se había defendido como solvente, habia agotado dichos recursos aspirando á la defensa por pobre, á cuyo efecto promovía el oportuno incidente:

Resultando que formada pieza separada y recibido á prueba por todo el término de la ley, declararon tres testigos que D. Ignacio Uribarri y D. Agustín Gutiérrez establecieron la Sociedad mercantil conocida por Uribarri y compañía, teniendo como socio comanditario á Don José Galíndez, y dedicándose al comercio de ropa, con establecimiento abierto en la calle de la Muralla; que yendo mal los negocios de la Sociedad determinarón liquidarla y cerrar el establecimiento, como lo efectuaron, haciéndose cargo de la liquidación los socios Cacho y Uribarri, entregando su haber al comanditario Galíndez; que con los fondos que pudieron obtener realizando las mercancías y algunos créditos pagaron á todos sus acreedores, y pudieron con algunas dificultades ir cobrando otros de poca importancia, con los que atendieron á su mantenimiento y á los cuantiosos gastos que les originaba el pleito ejecutivo que seguía con D. Fidel Fernández en cobro del crédito más importante de los que poseían, y que agotados los recursos cuando por virtud de apelación se habían remitido los autos á la Audiencia, les era imposible continuar cubriendo los gastos judiciales:

Resultando que según informe de la Contaduría municipal, no consta que á D. Ignacio Uribarri ni á D. Agústín G. Cacho se les hubiera expedido matrícula para ejercer industria alguna, apareciendo que en 5 de Setiembre de 1879 fué dada de baja la Sociedad de Uribarri y compañía:

Resultando que oído el Ministerio fiscal, que dijo encontraba probada la pobreza de Uribarri y Gutiérrez Cacho, y no tenía objeción que poner á sus pretensiones, dictó sentencia en 25 de Mayo de 1881 la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, declarando no haber lugar á conceder el beneficio de defensa por pobre, solicitado á nombre de D. Ignacio Uribarri y D. Agustín Gutiérrez Cacho, condenándoles en el pago de las costas y en el reintegro del valor del papel dejado de usar:

Resultando que la Sociedad Uribarri y compañía suplicó de esta sentencia, fundada en que D. Ignacio Uribarri y D. Agustín G. Cacho no ejercían acto alguno mercantil, no habiendo disuelto la Sociedad para continuar unidos para reclamar el cumplimiento de obligaciones que á favor de ambos mancomunadamente contrajeron sus deudores; y que la Audiencia, por auto de 11 de Junio de 1881, por los fundamentos de la sentencia de 25 de Mayo anterior denegó, con las costas, la súplica establecida:

Resultando que Uribarri y compañía interpusieron recurso de casación por haberse infrigido á su juicio:

1º El art. 182 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque aunque continuaban formando la Sociedad Uribarri y compañía, no ejercían acto alguno mercantil, habían devuelto la matrícula de comerciantes, cerrado el establecimiento y dejado de abonar contribuciones, limitándose á cobrar los créditos que necesitaban reclamar judicialmente; y siendo la carencia de esos recursos de que creían disponer y la falta absoluta de cualesquiera otros de que no disponían los que les habían puesto en la necesidad de solicitar la defensa por pobre para continuar el litigio de que era consecuencia este incidente, se encontraban en las condiciones que exigía el artículo mencionado;

Y 2º El art. 191 de la misma ley, porque habían justificado cumplidamente que con posterioridad á la primera instancia, en la que se defendieron como solventes, habían venido á ser pobres, habiendo perdido ó agotado los recursos de que disponían para hacer los gastos judiciales:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia infringe el art. 182, invocado en el primer motivo, porque la prueba hecha sobre la falta de recursos no se refiere solamente á la Sociedad de que se trata, sino tambén á los socios mismos interesados, que individualmente están comprendidos dentro de las prescripciones del mencionado artículo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la razón social *Uribarri y compañía*; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia y auto que en 25 de Mayo y 11 de Junio de 1881 dicto la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 22 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

24

Recurso de casación (22 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—REIVINDICACIÓN.—No ha lugar al interpuesto por Manuela Díaz Lozano con Antonio Cid González (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que si bien las leyes 7ª, *tít.* 11, *Partida* 4ª *y* 8ª, *tít.* 29, *Partida* 3ª *disponen que el marido no puede enajenar los bienes que la mujer llevó al matrimonio con el carácter de dotales inestimados, y que no se ga-*

nen por tiempo las cosas que la mujer diere á su marido en dote, sino después de terminado el matrimonio; son inaplicables, y no pueden decirse infringidas, si no aparece probado, á juicio de la Sala sentenciadora, al que ha de estarse, si no ha sido impugnado en los términos que la ley autoriza, que la demandante hubiese entregado á uno la casa de que se trata en concepto de dote inestimada, ni siquiera que fuese esposa de él, ni que le perteneciera tal finca cuando este la vendió como propia al demandado.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Palencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por Manuela Díez Lozano, viuda, vecina de aquella ciudad, representada por el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Doctor D. Rafael Bermejo Ceballos Escalera, con Antonio Cid González que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre reivindicación de una casa:

Resultando que en la partición de bienes ejecutada con motivo del fallecimiento de Santiago Díez Bayala, que fué aprobada en 31 de Mayo de 1829, se adjudicó á su hija Manuela Díez Lozano una casa en la parroquia de San Martín de la villa de Becerril, tasada en 5.500 reales, de los que deducidos 2.900 de dos capitales de censo, uno de 2.200 y otro de 700, quedaban en líquido para la hijuela 2.400 rs.:

Resultando que por escritura de 15 de Junio de 1842 José Gastón Rodríguez vendió á Antonio Cid González una casa que le pertenecía en la parroquia de San Martín de la villa de Becerril, por la cantidad de 3.785 rs., á rebajar de ella dos censos, uno de 2.200 rs. y otro de 700; escritura de que previo pago á la Hacienda se tomó razón en la antigua Contaduría de hipotecas:

Resultando que Manuela Díez Lozano, viuda de José Gastón, dedujo en 5 de Mayo de 1877 la demanda objeto de este pleito para que se declarase la nulidad de la venta de la casa mencionada que había ejecutado su difunto marido en atención á que pertenecía á la demandante, como correspondiente á su hijuela paterna, y no había intervenido en la venta ni autorizado á su marido para ella:

Resultando que D. Antonio Cid impugnó la demanda, alegando que venía en posesión de la casa desde el año 1842, en que se la vendió José Gastón, y que adquirida con justo título y buena fé, y estando en posesión continuada de ella por más de 30 años, no tenía derecho la demandante á ser oída por ningún Tribunal:

Resultando que recibido el pleito á prueba, y puesto para ella á instancia de la demandante testimonio de su hijuela paterna, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que confirmó, con las costas, en 25 de Setiembre de 1882 la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, absolviendo á Antonio Cid González de la demanda:

Resultando que Manuela Díez Lozano interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 7ª, tít. 11, Partida 4ª, que prohibe la enajenación por el marido de los bienes que llevó la mujer al matrimonio con el carácter de dotales, á no ser que hubiesen sido apreciados, ó sea que la dote fuese estimada, toda vez que esta circunstancia debía acreditarse por la parte contraria, bastando á la demandante justificar que la finca era de su exclusiva propiedad;

Y 2° La ley 8ª, tít. 29 de la Partida 3ª, que dispone que las cosas

que la mujer diera á su marido en dote no se pueden ganar por tiempo, sino después que el casamiento fuese partido, que era desde cuando la mujer, recobrando el dominio de sus bienes, adquiriría personalidad para todo; y por tanto, desde aquella fecha, y no desde la escritura de venta, era desde cuando había de empezar á contarse el término de los 30 años:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que si bien las leyes invocadas en el recurso disponen que el marido no puede enajenar los bienes que la mujer llevó al matrimonio con el carácter de dotales inestimados, y que no se ganen por tiempo las cosas que la mujer diere á su marido en dote, sino después de terminado el matrimonio; en los presentes autos no aparece probado, á juicio de la Sala sentenciadora, al que ha de estarse, por no haber sido impugnado en los términos que la ley autoriza, que la demandante hubiese entregado á Gastón la casa de que se trata en concepto de dote inestimada, ni siquiera que fuese esposa de dicho Gastón ni que le perteneciera tal finca cuando este la vendió como propia al demandado, por lo cual no tienen aplicación á este pleito ni infringe la sentencia recurrida las referidas leyes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Manuela Díez Lozano, á quien condenamos, por razón de depósito, al pago de la sexta parte de la cantidad objeto del litigio, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 22 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

25

Recurso de casación (22 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—RECLAMACIÓN DE UN TERRENO Y SERVIDUMBRE DE PASO.—No ha lugar al interpuesto por D. Vicente Rodríguez Santa María con el Ayuntamiento de Valladolid (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

1º *Que si bien es cierto que según la ley* 9ª, *tít.* 28 *de la Partida* 3ª *son del común de cada ciudad ó villa las plazas* ó facen las ferias é los mercados *y algunos otros lugares que en la misma ley se determinan, añade* é todos los otros semejantes destos que son establecidos é otorgados para pró comunal; *y hallándose comprendida en esta generalidad la plaza objeto del presente litigio, toda vez que ha estado destinada al uso público, según la apreciación hecha por la Sala sentenciadora en vista de las pruebas practicadas por una y otra parte, la sentencia que declara pertenecer al pueblo un sitio que había sido plaza no infringe la expresada ley*:

2º *Que tampoco infringe dicho fallo la ley* 10, *tít.* 14 *de la Partida* 3ª *porque al establecer una de las formas de acreditar el dominio en determinadas circunstancias, no excluye los demás medios de justificación que conduzcan al mismo resultado, uno de los cuales es la posesión;*

Y 3º *Que si la Sala sentenciadora no reconoce el hecho de haberse interrumpido la referida posesión hasta que el demandado cerró dicha plazuela con una empalizada, dando lugar al presente litigio, no es de*

estimar la infracción de la ley 21, tít. 29, Partida 3ª, basada en un supuesto que carece de justificación en los autos.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Enero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Salamanca y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por el Ayuntamiento de aquella ciudad con D. Vicente Rodriguez Santa María, comerciante, vecino de la mencionada ciudad de Salamanca, sobre reclamación de un terreno y servidumbres de paso; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Procurador D. Pedro García González, á nombre del D. Vicente Rodríguez Santa María, bajo la dirección del Licenciado D. Francisco Silvela; habiendo representado y defendido al citado Ayuntamiento el Procurador D. Antonio Beudicho y el Doctor D. Eugenio Montero Rios:

Resultando de certificación expedida por el Registrador de la propiedad de Salamanca, con relación á los libros de aquel Registro, esta inscrito en el mismo un documento otorgado en 22 de Setiembre de 1851 ante D. Blas Pérez García, Escribano de aquella ciudad, por Don Tomás Ayuso, Juez de primera instancia de ella, en favor de D. Esteban Martín Asensio, vendiendo á éste en precio de 194.000 rs. y libre de carga el edificio que fué Colegio de la Vega; su área 29.920 pies superficiales, que linda al Oriente y Mediodía con Puerta de esta corporación; Poniente con el camino del río, y Norte con plazuela de la Vega, con piso bajo y cubierto parte del edificio, en precio de 194.000 rs.; y el mismo Registrador certificó en 16 de Junio de 1880 la inscripción del documento de venta, otorgado por D. Estéban Martín Asensio, por sí y en nombre y como apoderado de su hijo político D. Pedro Navas Valmarino, como padre y administrador de sus hijos D. Eulogio y Doña Matilde Navas y Ausío, en favor de los Sres. Fabrés y Rodríguez, en 28 de Junio de 1856, por el que vendió el edificio que fué Colegio de la Vega, con las dos huertas contiguas, tituladas Trascasa y Escambronas, la titulada huerta de la Torrecilla con sus casas y leñadas y demás servidumbres, incluso la parte del río Tormes, con cuya margen derecha confina, y éstas entre sí y con les huertas tituladas del Moral, que era de los compradores, y otra de D. Rafael Pérez Piñuela y terreno de Propios, y una cortina al barrio de la Fontana, camino de la Haceña del Bavo, que linda con dicho camino y las mismas huertas que se vendían y cortinas de los Propios del Duque de Tamames, cuyas fincas las adquirió el otorgante por compra á la Nación en público remate; siendo el valor de las fincas, según la escritura, 45.000 rs., estando libres de toda carga:

Resultando de un testimonio expedido por el Escribano actuario del Juzgado de primera instancia de Salamanca, con referencia al libro de actas del Ayuntamiento, resulta que en la sesión por el mismo celebrada en 15 de Junio de 1874 se dió cuenta de una solicitud presentada por Miguel Juanes, arrendatario de la huerta titulada La Torrecilla, en la que reclamando de perjuicios, que dijo causarle el paso de los areneros atravesando por la noria de dicha huerta para depositar escombros á la orilla del río, suplicó se dictasen las disposiciones convenientes para impedirlo; y de conformidad con lo informado acerca de ella por la Comisión competente, se acordó, por lo que hacía relación á la travesía de los areneros por la referida huerta, no estaba en las atribuciones del Ayuntamiento el evitarlo, y sí en las del propietario ó en la del Tribunal de justicia, y por lo que hacía al depósito de escombros á

la orilla del río, vigilara un guardia municipal para denunciar á los areneros en el caso de no ser aquél el sitio designado por la Alcaldía para depositarlos:

Resultando que en 8 de Marzo de 1880 el Ayuntamiento de Salamanca dedujo demanda, exponiendo, en cuanto tiene relación con el recurso, que al Municipio pertenecía la plazuela denominada de la Vega, de extensión superficial 1.875 metros cuadrados próximamente, al frente del ex-colegio de este nombre, lindando por Este y Sur con dicho edificio, Oeste con camino del río y de los Areneros, y Norte con camino del Pradillo, de la que había sido despojado hacía cuatro años por el D. Vicente Rodríguez, convirtiéndola en parque ó jardín y cerrándola con una empalizada; que con arreglo á la ley 9ª, tít. 28, Partida 3ª, pertenecía al Municipio de Salamanca la plazuela pública antes deslindada, fronteriza al ex-colegio de la Vega y el camino que conduce al río por entre los muros ó cotos de las huertas de la Vega y de la Torrecilla; que según la ley 10, tít. 14 de la misma Partida, quien fué sucesor de una cosa conserva este carácter y debe ser entregado de ella, á no acreditarse haber sido después adquirida por título legítimo; y que conforme á la ley 43, tít. 28 de la propia Partida, el que de mala fe planta árboles en heredad ó suelo ajeno pierde el señorío de los que hubiere plantado, y después de ocuparse de otras reclamaciones que no afectan al recurso, pidió que se condenase al demandado D. Vicente Rodríguez á que dejase libres y á disposición del referido Ayuntamiento el terreno que constituía dicha plazuela y el de las cunetas del camino designadas con todas las plantaciones existentes en uno y otro terreno, y á que dejase libre y expedito el uso de la servidumbre expresada de paso, desmontándose el terraplén, destruyendo el muro de sostenimiento y retirando ó apartando del trayecto de servidumbre la puerta y machones de piedra como obstáculos todos que impiden el paso por la huerta de la Torrecilla al arenal contiguo y al pago de todas las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Vicente Rodríguez, pidió se le absolviera de ella con imposición de costas al Ayuntamiento demandante, y alegó que si había compuesto los caminos que desde el Carmen y la Fontana conducen al Colegio de la Vega, las huertas de este nombre y otras del río, fué en virtud de haber sido facultado para ello por el Ayuntamiento; que si en uso de esos caminos había puesto postes para impedir el paso de carros, componiendo á su cuenta otro par donde pudieran cruzar luego que los mandaron ejecutar desaparecieron; que dicho camino y el que corre frente de la iglesia de la Vega hadían sido reformados y ensanchados; que los árboles puestos en algunos de ellos de cuenta de Rodríguez, ocupaban terrenos propios de éste y eran, por lo tanto suyos; que el terreno que ocupaba la empalizada y postes frente al Colegio de la Vega y su iglesia formaron un tiempo su atrio, y eran una pertenencia del edificio necesaria para la entrada del Colegio y de la iglesia y para las funciones religiosas exteriores que en la misma se celebraban; que dicha plazuela estuvo empedrada; que el título de compra del edificio y huerta da confinante á ésta por Norte con una cortina de los Propios de la ciudad que luego compró el demandante, cuya cortina linda con el camino que va á la haceña del vado desde la Fontana; que de lo expuesto se deducía que cada uno puede hacer de sus cosas lo que bien le parezca, y transformarlas como consecuencia del dominio; que el que

planta y siembra en su propiedad, no hace más que usar de su derecho; y que el que acota y cierra lo que le pertenece, que la ley misma por su sola virtud declara acotado, respetando las servidumbres legítimamente constituídas, obra conforme á la legislación de las Cortes de Cádiz restablecida en 1836:

Resultando que después de alegar las partes reproduciendo sus anteriores alegaciones y pretensiones, y practicadas las pruebas propuestas por las mismas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que confirmó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid en 22 de Febrero de 1882, condenando á D. Vicente Rodríguez Santa María á que deje libre y á disposición del Ayuntamiento de la ciudad de Salamanca el terreno que constituía la plazuela denominada de la Vega con las plantaciones existentes en ella, absolviéndole de la demanda en los demás extremo que comprende, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Vicente Rodríguez Santa María interpuso recurso de casación contra dicha sentencia de la Audiencia, en cuanto condena al recurrente á que deje libre y á disposición del Ayuntamiento de Salamanca el terreno que constituía la plaza llamada de la Vega con las plantaciones en ella existentes; y citó como infringidas:

1º La ley 9ª, tít. 28, de la Partida 3ª, que se invoca en la sentencia recurrida, en la que se enumeran las cosas que son propiamente del común de cada ciudad ó villa, de que cada uno puede usar; puesto que el atrio de la iglesia y Colegio de la Vega no es ni ha sido nunca una «plaza ó facen las ferias é los mercados», ni tampoco un ejido para uso de los agricultores vecinos de Salamanca, sino un terreno de propiedad particular adquirido al comprar el edificio á que siempre fué anejo, y en cuya posesión tranquila ha estado el Rodríguez y primero su causante hasta que ha venido el Ayuntamiento á inquietarle con su demanda:

2º La ley 10, tít. 14, Partida 3ª, que igualmente se cita en la sentencia, toda vez que se refiere al caso en que negando el demandado que la cosa era del actor, pruebe éste haber sido señor de ella, porque como indican las palabras de la ley, no basta probar, como ha hecho el Ayuntamiento de Salamanca, que por más de 40 años han ejecutado algunos vecinos ciertos actos, como el desgrane de mieses ú otros semejantes en el atrio ó plazuela de la Vega, actos tolerados por su dueño, y que todo lo más podrían constituir una servidumbre, sino que la prueba ha de ser acerca del dominio, para que pueda entonces caber la sospecha de la ley de que «todo ome que en alguna sazon fué señor de la cosa que lo es aun:»

3º La ley 21, tít. 29, también de la Partida 3ª, que habla de la prescripción extraordinaria de 30 años ó más, cuya ley resulta infringida por la Sala sentenciadora, al olvidar que exige que por el tiempo que señala sea *el ome tenedor continuadamente de la cosa*, es decir, que sin interrupción se halle en posesión de ella, requisito que aunque menos importante en el orden moral que la buena fe y el justo título, es bajo otro aspecto el más importante de todos, puesto que de los últimos las leyes prescinden en mayor ó menor grado al tratar de las prescripciones extraordinarias, mientras que es siempre condición indispensable la posesión de la cosa, como así lo tiene declarado este Tribunal Supremo terminantemente en varias sentencias, pero muy especialmente en las de 8 de Octubre de 1864 y 30 de Junio de 1865:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley de Partida que se cita en el primer motivo, pues si bien es cierto que según ella, son del común de cada ciudad ó villa las plazas ó *facen las ferias é los mercados* y algunos otros lugares que en la misma ley se determinan, añade *é todos los otros semejantes destos que son establecidos é otorgados para pró comunal*, en cuya generalidad se halla comprendida la plazuela de la Vega objeto del presente litigio, toda vez que ha estado destinada al uso público, según la apreciacion hecha por la Sala sentenciadora en vista de las pruebas practicadas por una y otra parte:

Considerando que tampoco infringe dicho fallo la ley 10, tít. 14 de la Partida 3ª invocada en el segundo motivo, porque al establecer una de las formas de acreditar el dominio en determinadas circunstancias, no excluye los demás medios de justificación que conduzcan al mismo resultado, uno de los cuales y el más adecuado con relación al caso de autos es la posesión en que han estado los vecinos de Salamanca de la indicada plazuela, como asimismo lo declara la Sala sentenciadora:

Considerando que ésta no reconoce el hecho de haberse interrumpido la referida posesión hasta que el demandado, hoy recurrente, cerró la plazuela de la Vega con una empalizada, dando lugar al presente litigio, en cuya virtud no es de estimar el tercer fundamento basado en un supuesto que carece de justificación en los autos sin que existan, por tanto, las infracciones que se alegan en este último motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Vicente Rodríguez Santa María, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Valladolid, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 22 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Agosto del mismo año.)

26

Competencia (25 *de Enero de* 1883)—*Sala tercera.*—Pago de pesetas.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia de Elche la suscitada con el de igual clase del distrito del Pino de Barcelona sobre conocimiento de la demanda de D. Carlos Bloss contra D. Honorato Perlasia, y se resuelve:

1º *Que según lo dispuesto por la regla* 1ª *del artículo* 62 *de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales será juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación*; *y á falta de éste á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento*;

Y 2º *Que es personal la acción que se ejercita para el pago de géneros del comercio del demandante.*

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Enero de 1883, en la competencia que ante Nós pende, promovida por el Juez de primera instancia de Elche al de igual clase del distrito del Pino de Barcelona acerca del conocimiento de la demanda por D. Carlos Bloss contra D. Honorato Perlasia sobre pago de pesetas:

Resultando que D. Carlos Bloss presentó en autos una factura de efectos vendidos por el mismo en Barcelona á D. Honorato Perlasia, y entregados en el ferrocarril para su remisión á Villena, domicilio entonces del segundo ascendente á la suma de 1.548 pesetas 80 céntimos: que también presentó dos cartas fechadas en Villena en 31 de Diciembre de 1879 y 18 de Enero de 1880 y suscritas con la firma: «Honorato Perlasia,» diciéndose en la primera y confirmándose en la segunda haber recibido esté último los efectos remitidos por Bloss, cuyo importe cargaría en cuenta, descontadas las 500 pesetas que le tenía entregadas: que creía innecesario el envío de letras, puesto que según lo estipulado le remitiría 1.000 rs. el 15 de Enero, y en cuanto al resto cumpliría remitiéndolo á los 90 días de la fecha de la factura:

Resultando que con presentación de dicha factura y cartas acudió D. Carlos Bloss al Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de Barcelona pretendiendo que con remisión de las mismas se dirigiera exhorto al Juzgado de primera instancia de Elche, en cuya ciudad residía á la sazón Perlasia, á fin de que citado éste en forma reconociera como suyas las firmas que autorizaban dichas cartas, así como la existencia de la deuda de 798 pesetas 80 cénts. por saldo de la factura acompañada: que dirigido el exhorto, se devolvió cumplimentado con la declaración de D. Honorato Perlasia, en la que manifestó no ser cierto la existencia de la deuda, ni la legitimidad de la carta fecha 18 de Enero de 1880, única que se acompañó, como tampoco de la firma con que estaba suscrita:

Resultando que en 18 de Enero de 1880, y en vista del resultado negativo qúe habían dado las diligencias anteriores preparatorias para el juicio ejecutivo, dedujo D. Carlos Bloss ante el mismo Juzgado demanda de menor cuantía por la suma de 798 pesetas 80 céntimos, ejercitando la acción *venditi* ó cualquiera otra que en derecho procediera fundándose al efecto en que en el mes de Diciembre de 1879 había concertado con D. Honorato Perlasia en la ciudad de Barcelona la remisión de los efectos detallados en la factura, lo que verificó en 21 del mismo mes, avisándolo oportunamente al comprador: que éste acusó recibo de los géneros por su carta de 31 de Diciembre, en que manifestó remitiría su importe en los plazos convenidos, descontadas las 500 pesetas que le había entregado; y que posteriormente y según lo pactado había recibido la suma 250 pesetas en letra sobre aquella plaza, á la que acompañó el deudor la carta de 18 de Enero siguiente, en que ratificando el contenido de la primera ofrecía satisfacer el resto de la deuda á los 90 días de la fecha de la factura:

Resultando que conferido traslado de esta demanda á D. Honorato Perlasia, fué citado y emplazado por medio de exhorto que se libró al Juzgado de primera instancia de Elche, al cual acudió el demandado haciendo uso de inhibitoria y solicitando que se declarase competente para conocer de la demanda en atención á que no había celebrado contrato alguno con el demandante ni había convenido con él satisfacer cantidad de ninguna clase en Barcelona: que las cartas en que el actor se fundaba no eran legítimas, ni se había sometido expresa ni tácitamente á los Juzgados de aquella capital: que no estando reconocida por él la firma que se decía ser suya, carecía de fundamento la competencia que se le atribuía al Juzgado del distrito del Pino de Barcelona, porque ante todo ha de constar de una manera indubitable el fundamento de la jurisdicción, como tiene reconocido el Tribunal

Supremo; y que por tanto, y ejercitándose una accion personal, sólo podía ser competente el Juez del domicilio del demandadado, con arreglo al artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que oído el Promotor fiscal, quien estuvo conforme con la inhibición pretendida, proveyó auto el Juez de primera instancia de Elche en 14 de Febrero último, por el que declaró haber lugar á la inhibición propuesta, y que se requiriese en forma á dicho Juzgado á fin de que remitiera los autos al requirente como único competente para conocer de la demanda:

Resultando que el Juez de Barcelona oyó al demandante y al Promotor fiscal, que impugnaron la inhibición, y en 15 de Marzo del corriente año dictó auto declarando no haber lugar á la inhibición solicitada, y habiendo insistido en ella al Juez de Elche, uno y otro elevaron sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que según lo dispuesto por la regla 1ª del artículo 62 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que la acción que se ejercita en la demanda entablada por D. Carlos Bloss contra D. Honorato Perlasia es personal, como procedente de un contrato de venta de géneros del comercio que aquél tiene establecido en Barcelona, y dirigida á obtener el pago de los mismos:

Considerando que, si bien para sostener la competencia del Juzgado del Pino de dicha ciudad, se alega el fundamento de ser el lugar, no sólo en que se celebró el contrato, sino en que deba cumplirse la obligación, según el contenido de una de las cartas que se acompañan á la demanda, todo esto se encuentra desvirtuado por ahora, porque lejos de haber sido reconocida por el demandado, se niega la legitimidad de la firma y rúbrica que la autorizan y hasta la existencia del contrato á que se refiere tal documento, por lo que se acoge al fuero de su domicilio, que es el de Elche:

Considerando que toda vez que no consta el lugar del cumplimiento de la obligación, ni se está en el caso último de la mencionada regla, hay que atenerse á dicho fuero del domicilio del demandado para decidir la competencia pendiente en conformidad á la misma;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento del negocio de que se trata corresponde al Juzgado de Elche, al que se remitan todas las actuaciones para que proceda con arreglo á la ley: póngase esta resolución en conocimiento del Juzgado del distrito del Pino de la ciudad de Barcelona á los efectos que haya lugar; siendo de cuenta respectivamente de las partes las costas ocasionadas.—(Sentencia publicada el 25 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 1º de Marzo del mismo año.)

27

Recurso de casación (26 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—No ha lugar al interpuesto por D. Bernardo Pérez Villamil con D. Manuel de Navia Osorio (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

1° *Que la cita de leyes inaplicables al caso del pleito hecha en las sentencias no puede dar lugar á la casación, si no se alegan como fundamento del recurso las aplicables que hayan sido infringidas en el fallo*:

2° *Que no tratándose de un tercero interesado en el contrato de arriendo, es inoportuna la cita del art. 2° de la ley Hipotecaria, lo mismo que las de los Códigos romanos, que no rigen en el territorio de la Audiencia de Oviedo*:

3° *Que para calificar de permuta un contrato no obsta que se diera en dinero la diferencia de valor de las fincas permutadas*;

Y 4° Que no habiéndose faltado á la condición del contrato de arriendo, no hay fundamento para la reclamación de perjuicios.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Luarca y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Bernardo Pérez Villamil, vecino de Madrid, y en su nombre el Procurador D. Manuel María Villar, bajo la dirección del Doctor D. Fernando Madrazo, con D. Manuel de Navia Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, y hoy por su defunción sus herederos, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre cumplimiento de un contrato:

Resultando que D. Miguel de Navia Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, dió á censo enfitéutico por escritura de 10 de Abril de 1867 á D. Manuel Pérez Villamil la finca titulada Hortona, sita en Anleo, del Concejo de Navia, por la cantidad de 3.500 reales y la pensión de 20 reales al año; y que por otra escritura de 23 de Mayo siguiente dejaron sin efecto la anterior, dando en arrendamiento D. Manuel Navia Osorio á D. Danuel Pérez Villamil, que lo aceptó, la finca denominada Hortona, por término de ocho años, contados desde la fecha de la escritura y en precic ó renta de 80 reales anuales, siendo condición que el arrendatario no pudiera subarrendar la finca sin previo consentimiento por escrito del propietario, excepto á Bernardo Pérez Villamil, hermano del arrendatario, á favor del cual podía hacerlo sin necesidad de dicho consentimiento, siempre que fuere bajo las mismas condiciones estipuladas en el arriendo, y entendiéndose que no perjudicaría á tercero, sino se hacía constar en el Registro de la propiedad, concediendo el Marqués al arrendatario el derecho de preferencia por el tanto que otro diere en caso de venta y nuevos arriendos:

Resultando que D. Manuel Pérez Villamil, en documento privado de 17 de Julio de 1867, declaró que tanto la escritura de arrendamiento de la Hortona como otra que anteriormente había otorgado á su favor el Marqués de Santa Cruz, lo había hecho por orden y cuenta y con dinero de su hermano D. Bernardo, á quien por tanto cedía cuantos derechos hubiera adquirido por dichas escrituras, obligándose á otorgarle el correspondiente documento público de reconocimiento y cesión:

Resultando que D. Bernardo Pérez Villamil satisfizo desde la indica-

da fecha el precio del arrendamiento de la Horcona, y que terminado el plazo del mismo fué prorrogado sucesivamente por dos años más, ó sea hasta 23 de Mayo de 1877, con las condiciones que aparecían de la escritura, según cartas que dirigió en 29 de Abril de 1875 y 8 de Junio de 1876 el apoderado del Marqués á D. Bernardo Pérez Villamil.

Resultando que antes de espirar el plazo del arriendo, en virtud de pretensión de D. Joaquín Loredo, Administrador del Marqués en Anleo, se otorgó escritura en 10 de Mayo de 1878, por la que el Marqués cedió á Loredo la finca de la Hortona, que fué justipreciada en 4.000 reales, recibiendo en cambio de Loredo un cierro de propiedad de éste, valuado en 2.000 reales, con más 2.000 reales en dinero y los gastos:

Resultando que D. Joaquín Loredo por escritura de 24 de dicho mes de Mayo trasmitió dicha finca á D. José López González, el cual en 4 de Setiembre del mismo año entabló demanda de desahucio de ella ante el Juez municipal de Navia contra D. Bernardo Suárez Hernández que la llevaba en precario:

Resultando que citadas las partes á juicio verbal, el demandado impugnó la demanda negando que llevase la finca en precario, puesto que existía arrendamiento otorgado por el Marqués á favor de D. Bernardo Pérez Villamil, de quien no era más que un encargado para recoger los frutos como sembrador y cultivador de ellos; y el Juez municipal dictó sentencia que confirmó el de primera instancia de Luarca, condenando á D. Bernardo Suárez y Fernández á desalojar la finca:

Resultando que en 8 de Noviembre de 1878 D. Bernardo Pérez Villamil dedujo contra D. Manuel de Navia Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, la demanda objeto de estos autos, pidiendo se le condenase á cumplir la cláusula 9ª de la escritura de 23 de Mayo de 1867, cediendo en venta á D. Bernardo Pérez Villamil la huerta denominada la Hortona por la cantidad de 1.000 pesetas, previa anulación de la que hizo á favor de D. Joaquín Loredo, y si así no fuere posible á que le resarciese todos los daños y perjuicios que se le hubiesen ocasionado por la falta de cumplimiento de la mencionada cláusula, alegando al efecto que se había subrogado en todos los derechos y acciones de su hermano D. Manuel en la escritura de arrendamiento, cesión que no sólo había aceptado el arrendante al cobrar las rentas vencidas, sino que además prorrogó el término del arriendo por otros dos años, con las mismas condiciones; y que el Marqués había faltado abiertamente á la cláusula 9ª de la escritura, enajenando la Hortona á D. Joaquín Loredo sin haberla ofrecido y preferido por el tanto, porque si bien Loredo le dió en cambio otra finca y el resto del precio en dinero, afirmaba que este contrato debía calificarse de venta y no de permuta, porque fué mayor el precio que recibió en dinero que el de la finca dada en cambio, y además porque según todos los antecedentes, el Marqués no tenía interes en permutar, coligiéndose por el contrario que su voluntad presunta era vender:

Resultando que D. Manuel de Navia Osorio impugnó la demanda, alegando que el contrato de arrendamiento se celebró con D. Manuel Pérez Villamil y no con D. Bernardo; que si continuó llevando la finca y pagó las rentas vencidas por muerte de aquél y estaba reconocido como tal llevador, no era subarrendatario, y no podía reclamar un derecho que concluyó con la muerte del arrendatario; que aun cuando hubiera verdadero subarriendo era preciso, para que subsistiera efecto contra tercero, que se hubiera registrado, y que no habiendo vendido

la Hortona, y sí permutádola por otra finca, no estaba en el caso de la preferencia concedida por la escritura de arrendamiento:

Resultando que suministrada prueba por las partes, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó en 24 de Junio de 1882 sentencia confirmatoria con las costas, absolviendo al Marqués de Santa Cruz de Marcenado de la demanda interpuesta por D. Bernardo Pérez Villamil:

Resultando que D. Bernardo Pérez Villamil interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° El art. 2° de la ley Hipotecaria, por la aplicación indebida que de él se hacía, puesto que nada tenía que ver con el caso de este pleito, toda vez que no se trataba de un arrendamiento de más de seis años, no se estipuló la inscripción en el Registro de los arrendamientos anuales que hicieron Pérez Villamil y el Marqués de Santa Cruz, y aquél se había dirigido contra el Marqués y no contra D. Joaquín Loredo, en cuyo perjuicio nada había solicitado:

2° Las leyes 1ª, tít. 11, libro 9°, según decía la sentencia, aun cuando un 3° del Fuero Real, y 1ª, tít. 1°, libro 18, y 1ª, párrafo décimotercero, tít. 3°, libro 16, Digesto, también por su mala aplicación, pues que no decían si era permuta ó venta que se apreciaba de antemano, se daba otra cosa apreciada también con ó sin dinero:

3° Por el mismo concepto de su mala aplicación, la ley 1ª, tít. 1°, libro 18 del Digesto, citada en la sentencia, que para nosotros era de mera doctrina, pues si para algo podía servir dicha cita sería para sentar que toda vez que en el contrato del Marqués de Santa Cruz de Marcenado con su administrador Loredo había mediado el denominador común llamado moneda había un precio, y por consiguiente se trataba de una venta y no de una permuta:

4° La ley 1ª, párrafo décimotercero, tít. 3°, libro 16 del mismo Digesto, cuya aplicación indebida saltaba á la vista, puesto que dicho título hablaba de las acciones *Depositi vel contra*, que nada tenían que ver con la permuta ni con la compraventa:

5° La ley 1ª, tít. 6°, Partida 5ª, que era la que debía haber aplicado la sentencia, y que definía la permuta diciendo que era el cambio de una cosa señalada por otra ley comentada por Gregorio López, que resolvía la duda sobre si un contrato era permuta ó era venta, diciendo que lo primero que procedía era inquirir el ánimo de los contratantes sobre si se propusieron vender ó permutar debiendo estarse á las conjeturas, y en el caso actual podía deducirse que lo que el propietario entendió hacer con la estimación previa de las cosas y con la designación de la mayor parte del precio á metálico, fué un verdadero contrato de compraventa y no una permuta;

Y 6° La ley 21, tít. 22 de la Partida 5ª, con arreglo á la cual el Marqués y hoy sus herederos debían pechar los daños y menoscabos, y la falta de las ganancias de que el recurrente se vió privado por su culpa, toda vez que tenía arrendado la Hortona con el derecho de tanteo á su favor, y el Marqués, sin embargo, la vendía sin tener en cuenta ese derecho y embargaba á Pérez Villamil el que pudiera hacer uso de él:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que la cita de leyes inaplicables al caso del pleito hecha en las sentencias no puede dar lugar á la casación, si no se alegan como fundamento del recurso las aplicaciones que hayan sido infringidas en el fallo:

Considerando, en cuanto á los motivos del 1º al 4º de este recurso, que no tratándose de un tercero interesado en el contrato de arriendo, es inoportuna la cita del art. 2º de la ley Hipotecaria, lo mismo que las de los Códigos romanos que no rigen en el territorio de la Audiencia de Oviedo:

Considerando que la sentencia no infringe la ley 1ª, tít. 6º, Partida 5ª, citada en el quinto motivo, porque el contrato á que éste se refiere reune las condiciones exigidas por dicha ley para calificarlo de permute, sin que obste se diera en dinero la diferencia de valor de las fincas permutadas:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la ley 21, tít. 22 de la Partida 5ª, invocada en el sexto motivo, porque no habiéndose faltado á la condición del contrato de arriendo, no hay fundamento para la reclamación de perjuicios;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Bernardo Pérez Villamil y Suárez, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Agosto del mismo año.)

28

Recurso de casación (26 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—Jactancia.—Indemnización de perjuicios.—Pago de sueldos.—Ha lugar en parte al interpuesto por D. Agustín de la Viesca con Don Cesáreo Cerero (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que el carácter de sustituto con que fué nombrada una persona para suplir las ausencias del Director propietario de una Compañía, demuestra que su derecho á cobrar el sueldo que le estaba asignado no puede extenderse más que al tiempo en que la sustitución tuviera lugar; pero no á todo aquel en que la Sociedad existió como si fuera Director en propiedad: y al declararlo así la sentencia, no infringe el axioma de interpretación jurídica de que las palabras de un contrato, última voluntad ó cualesquiera otras de un documento, deben entenderse lisa y llanamente como suenan, sin que sea permitido á los Tribunales suscitar dudas sobre su alcance cuando tienen un sentido genuino y propio, ni la doctrina que establece que, cuando ocurran dudas sobre la inteligencia de un contrato, nada puede explicar mejor su objeto, condiciones y límites que los actos inmediatos y posteriores de los mismos otorgantes referentes á lo convenido, ni la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Santa Cruz de Cádiz y en la Sala de lo criminal de la Audiencia de Sevilla por D. Cesáreo Cerero y Sáenz, vecino de dicha ciudad de Cádiz, representado por el Procurador D. Angel Calvo, bajo la dirección del Doctor D. Enrique García Alonso con D. Agustín de la Viesca y Sierra, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbrera di-

rigido por el Licenciado D. Francisco Silvela, sobre jactancia é indemnización de perjuicios y pago de sueldos:

Resultando que en el año de 1874 se constituyó en Cádiz la Sociedad anónima *Puerto Mercantil de Cádiz*, cuyo objeto, según el artículo 3° de sus estatutos, era adquirir la concesión otorgada á Don Cesáreo en 12 de Setiembre de 1870, realiza las obras que comprendía, poseer ó enajenar los terrenos que por ellos se ganaban al mar y explotarlos después de concluídas, debiendo estar regida por las juntas generales, por el Consejo de gobierno y por la Dirección, componiéndose dicho Consejo de nueve individuos, que serían el concesionario, do nombrados por la testamentaría de D. Diego Fernández Montañés, y seis propietarios y seis suplentes por la junta general; y la Dirección, de tres Directores, á cada uno de los que se fijó el sueldo de 24.000 rs.

Resultando que en el convenio que la testamentaría de D. Diego Fernández Montañés celebró con la Sociedad para cumplir la voluntad de aquél de coadyuvar al objéto de la misma que fué aprobado por su junta general, y que forma parte de sus estatutos, se estableció que la testamentaría citada nombraría dos individuos del Consejo de gobierno de los cuales sería uno D. Joaquín María Bremón, que tendría además el carácter de Director del concesionario y estaría encargado con el de la parte ejecutiva; y si renunciase ó cesase por cualquier causa, tendría derecho á nombrar al que hubiera de sustituírle verificándolo en su defecto la testamentaría; habiéndose modificado al constituirse la Sociedad á propuesta de Bremón, el art. 49 del reglamento, concediendo igual sueldo de 24.000 rs. al que le sustituyera en sus ausencias, que sería el Consejero nombrado por la testamentaría, y sólo por el tiempo que ejerciera, declarando por su parte Bremón que renunciaba á todo sueldo de la Sociedad, por considerarse sobradamente recompensado con la memoria, aprecio y consideración que le había dispensado el difunto Montañés:

Resultando que vacante la plaza de Consejero de la Sociedad de nombramiento de la testamentaría de D. Diego Fernández Montañés, la Junta testamentaria nombró para dicha plaza en sesión de 26 de Noviembre de 1875, á D. Agustín de la Viesca y Sierra, accionista de la Sociedad, encargándole además la sustitución en el cargo de Director de la Sociedad, en ausencia de D. Joaquín María Bremón, gozando de retribución al respecto de 24.000 rs. anuales señalados en los estatutos mientras ejerciese la dirección, habiéndole manifestado al trasladarle en el día siguiente 27 este nombramiento, que no sólo contraía las obligaciones marcadas en los estatutos y reglamentos de la Sociedad, sino la muy especial de noticiar á la testamentaría por lo menos cada mes la marcha y situación de aquélla:

Resultando que en carta que D. Joaquín María Bremón dirigió desde Madrid, con fecha 26 de Junio de 1877 á D. Agustín de la Viesca, le manifestó que había llegado á sus manos la tan poco meditada como inconveniente dirigida por el Consejo de la Sociedad á la testamentaría de Montañés, y que sustituyéndole Viesca á la suzón cerca de dicha Sociedad, ya que no protestase en el acto y en pleno Consejo del contenido de dicha carta, debia abstenerse de asistir á ninguna de sus juntas, interin otra cosa se disponía para no autorizar con su presencia ningunos de los acuerdos que se anunciaban y debían ser de la exclusiva responsabilidad de los que los adaptaron:

Resultando que en carta de 5 de Julio del mismo año 1877, mani-

festó D. Joaquín María Bremón á D. Agustín de la Viesca, que en vista de la angustiosa situación de la Sociedad, la testamettaría de Montañés había acordado en sesión de aquella fecha, que se indicara á Viesca la conveniencia de que por entonces al menos no percibiría la asignación marcada en los estatutos á la plaza de Director que desempeñaba como suplente en las ausencias de Bremón, añadiéndole, que sentía muchísimo que las circunstancias obligaran á aquella determinación, que deseaba pudiera ser pronto revocada, y con la cual aspiraba á que sirviera de base de otras igualmente desinteresadas:

Resultando que la Sociedad Puerto Mercantil de Cádiz, por escritura de 26 de Junio de 1879, transfirió á D. Joaquín María Bremón, por sí y en representación de los otros testamentarios de D. Diego Fernández Montañés todos los derechos y pertenencias de las obras del mencionado puerto, á cuyo acto concurrió D. Cesareo Cerero, cediendo á Bremón todos los que á él le reconocía la indicada Sociedad, sin reservación alguna, en precio de 487.500 pesetas cuya mitad, descontando el importe de las acciones de la testamentaría, entregó Bremón en el acto, debiendo hacerlo del resto en el término de seis meses; estipulándose que si por cualquier causa voluntaria quedase por pagar dentro de los seis meses cualquiera cantidad de que apareciera deudora la citada Sociedad, retendría su importe D. Joaquín María Bremón, pero sería en todo tiempo responsable de los gastos que hasta su entrega se originasen al exconcesionario D. Cesareo Cerecero, de cuyo cargo, cuenta y riesgo serían siempre:

Resultando que por escritura de 28 de Mayo de 1880 D. Cesareo Cerero, como Director gerente que fué de la Sociedad Puerto Mercantil de Cádiz. y como apoderado de los comisionados de los accionistas de la misma, otorgó carta de pago á favor de D. Joaqín María Bremón del resto del precio de la transferencia mencionada, formando parte de la escritura una declaración hecha en 15 de Marzo del mismo año por Don Antonio Zulueta y D. Cesareo Cerero, como Directores que habían sido de la Sociedad, expresivo de hallarse satisfechos con los sueldos que percibieron hasta 31 de Marzo de 1877 en que fueron suspendidos los trabajos, no hallándose firmada la declaración por D. Agustín de la Viesca, que reclamaba por dicho concepto 54.000 rs., respecto de lo cual dijo Cerero que debía estarse á lo establecido en la estritura de transferencia, declarando bajo juramento que no existía contra la Sociedad cedente crédito alguno, y que si lo que no era de esperar, por olvido ó otra causa, hubiera dejado de abonarse algún crédito pendiente á cargo de la Sociedad, cualquiera que fuera su entidad y procedencia, lo declaraba desde entónces de su cuenta personal, obligándose personalmente y con sus bienes á abonar su importe, y librando desde luego de toda responsabilidad sobre la cosa vendida al adquirente D. Joaquín María Bremón, el cual la declinaría desde luego sobre Cerero; y que Bremón había manifestado que estaba pronto á la entrega del resto del precio, deduciéndose del mismo 57.500 pesetas indicadas en la escritura de cesión, y 20.000 pesetas que para responder á la reclamación de Don Agustín de la Viesca habían de quedar, como quedaban retenidas en poder de Bremón.

Resultando que D. Cesareo Cerero dedujo demanda en 27 de Julio de 1880, exponiendo: que D. Agustín de la Viesca sostenía desde hacía seis meses que Cerero le adeudaba 54.000 rs. de vellón, sin título bastante para ello: que por consecuencia de esta reclamación D. Joaquín

María Bremón. como representante de la testamentaría de Fernández Montañés, retenía desde 26 de Diciembre de 1879 80.000 rs. de propiedad de Cerero, privándole de la ganancia legítima que el empleo de este capital le podía producir, suplicando en su virtud que se declarase á Viesca decaido de su derecho, y se le condenase á perpetuo silencio sobre dicha reclamación de 54.000 rs., si en el termino de nueve dias no deducía la acción de que se creyera asistido, condenándole además al pago de 4.500 pesetas como indemnización de daños y perjuicios, y las costas:

Resultando que D. Agustín de la Viesca contestó á la demanda, manifestando que no se había negado nunca á reclamar judicialmente los sueldos que se le adeudaban como Director que había sido de la Sociedad Puerto Mercantil de Cádiz, no habiéndolo hecho por no estar á su juicio terminadas las reclamaciones privadas; y que cuando al contestar á la demanda se accedía á lo solicitado por el actor, era de necesidad absolver al demandado; que en su virtud, reconvenía á Cerero para el pago de 13.500 pesetas con los intereses legales correspondientes y las costas, fundando su pretensión en que por el art. 46 de los estatutos de la Sociedad se establecía que D. Joaquín María Bremón como ejecutor en Cádiz de la última voluntad de D. Diego Fernández Montañes, sería uno de los Directores de aquélla con derecho de nombrar sustituto, derecho de que hizo uso nombrando á Viesca; que éste entró á ejercer el cargo de Director recibiendo el sueldo de 24.000 rs., hasta que en Abril de 1877 el estado de la Sociedad hizo necesario desatender aquellas y otras obligaciones que pasaban sobre la misma, pero sin que en ninguna época le hubiera sido revocado su nombramiento de Director, cargo que siguió ejerciendo hasta la extinción de la Sociedad en Junio de 1879; que Viesca esperó en la confianza de que se realizaría alguna de las operaciones proyectadas para arbitrar recursos, entre los cuales figuraba la enajenación del negocio á la testamentaría de Montañés, cuya representación desempeñaba el demandado la plaza de Director; que realizada en efecto la venta en 26 de Junio de dicho año 1879, cuando se debía á Viesca 27 meses de sueldo que ascendían á 54.000 rs., que reclamó desde luego á Cerero, habiendo continuado desde entonces sus gestiones; que en la escritura de trasmisión se obligó el ex concesionario á abonar y saldar todos los débitos que resultasen contra la Sociedad, quedando autorizada la testamentaría á retener al entregar el segundo plazo las sumas que aun quedasen por pagar; que en su virtud, y constándole que se hallaban pendientes 27 meses de sueldo que se debían á Viesca como Director en representación de Bremón, había retenido en uso de su perfecto derecho la suma que había considerado necesaria para atender á esa obligación; que los contratos tenían fuerza de ley para aquellos que los celebraban, debiendo cumplirse las obligaciones en la forma estipulada por las partes, y que las cantidades cuyo pago se demoraba indebidamente, devengaban interés desde la fecha de la interpelación judicial:

Resultando que D. Cesareo Cerero sostuvo al replicar que era eficaz la acción de jactancia que había deducidos, y que Viesca estaba obligado á deducir demanda en forma sobre su reclamación, é impugnando la reconvención, alegó que desde el mes de Junio de 1877, en que los testamentarios de Montañés previnieron á Viesca que se abstuviera de llevar la presentación de la testamentaría á los actos y acuerdos de la Sociedad, Viesca se alejó enteramente de ella y no volvió á ejercer

ninguno de los actos propios de su cargo; que los sueldos que correspondían al sustituto de Bremón, sólo se devengaban en tanto que éste estuviera ausente de Cádiz, y que el sustituto ejerciera el cargo de Director, y que no era cierto como se aseguraba que al otorgarse la escritura de 1879, hubiera formulado por Viesca la reclamación de los 54.000 rs., ni que por esta causa se estipulase lo contenido en la cláusula 10 de la escritura:

Resultando que recibido el pleito á prueba se practicó por las partes, haciéndose constar por medio de testimonio con referencia á los libros de la Sociedad que á la Junta del Consejo de gobierdo de 3 de Febrero y 6 de Octubre de 1876 concurrieron Bremón y Viesca que firman el acta; que á la de 18 de Marzo de 1877 asistieron Bremón y Viesca firmando sólo Bremón; que á la de 19 de Junio del propio año asistió Viesca y no la firmó; que desde el 2 de Julio de 1877 hasta la disolución de la Sociedad celebró el Consejo 18 sesiones, á ninguna de las cuales asistió Viesca; y que en el mismo período de tiempo se celebraron seis juntas generales de accionistas, concurriendo Viesca á las verificadas en 30 de Marzo, 3 de Abril, 5 de Mayo y 15 de Junio de 1879, y firmando las actas:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla en 30 de Marzo de 1882 sentencia revocatoria, declarando á D. Agustín de la Viesca allanado á la demanda propuesta por D. Cesareo Cerero en la parte referente á la acción de jactància, absolviéndole de la misma demanda, en cuanto á la indemnización de perjuicios, y absolviendo por último á D. Cesareo Cerero de la reconvención propuesta por D. Agustín de la Viesca en reclamación de 13.500 pesetas con sus intereses:

Resultando que D. Agustín de la Viesca interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1º El conocido axioma de interpretación jurídica de que las palabras de un contrato, última voluntad ó cualesquiera otras de un documento, deben entenderse lisa y llanamente como suenan, sin que sea permitido á los Tribunales suscitar dudas sobre su alcance cuando tienen un sentido genuino y propio; pues bastaba leer las cartas de Bremón, de las que la sentencia hacía derivar la suspensión del cargo de Director que ejercía, y que su interpretación no era otra, en buenos principios, que la participación de acuerdos é instrucciones de la testamentaría de Montañés á ser representante para mejor defensa y gestión de sus derechos:

2º La doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Julio de 1878, en la cual se consigna que cuando ocurran dudas sobre la inteligencia de un contrato, nada puede explicar mejor su objeto, condiciones y límites que los actos inmediatos y posteriores de los mismos otorgantes referentes á lo convenido, doctrina que tenía perfecta aplicación al caso porque Bremón, autor de las cartas interpretadas por la sentencia, había aplicado claramente su objeto al retener la suma de 80.000 rs. como débito á Viesca por sueldos no satisfechos, y de su conducta se desprendía claramente que su ánimo constante en la época en que redactó las cartas, y con posterioridad, fué considerar siempre como su representante cerca de la Sociedad á Don Agustín de la Viesca:

3º La ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que preceptúa que de cualquiera manera que aparezca que un hombre quiere obligarse, queda obligado, con arreglo á cuya prescripción, en virtud

de la escritura de 26 de Junio de 1879, se comprometió Cerero, exconcesionario de las obras, á abonar todos los débitos existentes de la Sociedad Puerto Mercantil de Cádiz, y entre ellos el de 54.000 rs. por los sueldos no satisfechos á Viesca:

4º Como consecuencia de la infracción anterior, la fuerza del pacto ú obligación creada por el nombramiento de Viesca, pues si, con arreglo á lo que afirmaba la sentencia y resultaba de los autos, fué nombrado Consejero y Director con opción á gozar de la retribución de 24.000 rs., y ese nombramiento no le fué revocado ni él renunció en tiempo alguno sus sueldos, era claro que hasta la disolución ejerció el cargo; tuvo la representación y responsabilidades á él inherentes y el derecho á percibir los sueldos; resultando evidenciada la infracción por la carta del mes de Julio, que indebidamente se confundía con la de Junio, puesto que si en virtud de ésta se quería suponer, desnaturalizando su sentido, que había cesado Viesca en el cargo de Director, era incomprensible que en tal supuesto se le indicara un mes después la conveniencia de que no percibiese por entonces el sueldo y el deseo de que cesara pronto esa situación:

5º El contrato ó pacto, mediante el cual Viesca ejercía el cargo de Director, del art. 46 de los estatutos de la Sociedad Puerto Mercantil de Cádiz y demás relacionados con el mismo, existiendo error de hecho en la apreciación de la prueba tal como la definía el párrafo sétimo del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que se aseguraba que aparecía plenamente probado por los actos de los Consejos, en las que no aparecía la firma de Viesca, que no ejerció el cargo de Director desde Julio de 1877, siendo así que constaban en los autos los testimonios de haber asistido á las sesiones de 30 de Marzo, 3 de Abril, 5 de Mayo y 15 de Junio de 1879, y que firmó las actas de las mismas resultando además errores no menos graves en la operación de la prueba testifical, produciendo la infracción de las reglas más elementales de la sana crítica, entre ellas, la consignada en la ley 32, tít. 16, Partida 3ª, puesto que más de dos testigos de buena fama y con conocimiento especial del asunto habían afirmado la continuación de Viesca en la Dirección;

Y 6º Las leyes 5ª y 16, tít. 22 de la Partida 3ª, por la falta de congruencia, y la sentencia, puesto que en esta se declaraba que Viesca dejó de ejercer en Julio de 1877 los cargos de Consejero y Director, y le negaba por ello el derecho á cobrar los sueldos que reclamaba, apareciendo de la reconvención que los que pedía eran los de los meses de Abril, Mayo y Junio, incurriendo en otro error de hecho comprendido también en el art. 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en una contradicción en sus términos imposible de sostener, y sólo explicable por haber prescindido de una parte de lo pedido por el demandado al reconvenir:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley y doctrina que se invocan en los tres primeros motivos del recurso, porque el carácter de sustituto con que fué nombrado D. Agustín de la Viesca para suplir las ausencias del Director propietario D. Joaquín María Bremón demuestra que su derecho á cobrar el sueldo que le estaéa asignado no puede extenderse más que al tiempo en que la sustitución tuviera lugar; pero no á todo aquel en que la Sociedad existió como si fuera Director en propiedad:

Considerando que sea el que quiera el alcance que pueda darse á

las cartas de 26 de Junio y 5 de Julio de 1877, aparece que D. Agustín de la Viesca no sustituyó á D. Joaquín María Bremón en las sesiones del Consejo celebradas desde el mes de Julio de 1877 hasta la extinción de la Sociedad, y que si bien es cierto que asistió á las Juntas generales que tuvieron lugar en el mismo período de tiempo, también lo es que lo verificó únicamente como accionista que era de la misma Sociedad, y por ello la sentencia recurrida no infringe la ley del contrato, ni incurre en el error de hecho que se invocan en el cuarto y quinto motivo del recurso:

Considerando que D. Cesareo Cerero reconoció al contestar la reconvención que D. Agustín de la Viesca ejerció los diversos cargos que desempeñaba en la Sociedad hasta fin de Junio de 1877, lo cual está conforme con la carta que en 26 del mismo mes y año escribió Bremón á Viesca, siendo por lo tanto indudable el derecho de éste á percibir los sueldos correspondientes á los meses de Abril, Mayo y Junio, que fueron objeto de la reconvención, y en tal concepto la sentencia que absuelve sobre ese particular incurre en el error de hecho que se cita en el sexto motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Agustín de la Viesca en cuanto por la sentencia recurrida no se le abonan los sueldos devengados y no satisfechos correspondientes á los meses de Abril, Mayo y Junio de 1877, en cuyo particular casamos y anulamos la mencionada sentencia que en 30 de Marzo de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Secilla, y que no ha lugar al expresado recurso en los demás motivos y extremos que son objeto del mismo.—(Sentencia publicada el 26 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Agosto del mismo año.)

29

Recurso de casación (26 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No há lugar al interpuesto por D. José Ignacio de Prada con D. Enrique y Doña Amalia Meruéndano (Aud. de la Coruña), y se resuelve:

Que ha de estarse á la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora respecto de los medios de subsistencia del que solicita la defensa por pobre.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Enero de 1883, en el incidente de pobreza seguido en el Juzgado de primera instancia de Valdeorras y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Don José Ignacio de Prada y Valcárcel, propietario, vecino del pueblo de Fervorosa, con D. Enrique y Doña Amalia Meruéndano y García, propietarios, vecinos de Villamartín, y con el Ministerio fiscal, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Luis Miller y Badillo y el Procurador D. Pedro Manget, en defensa y representación del demandante: no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que en 29 de Octubre de 1880 dedujo D. José Ignacio de Prada demanda de pobreza para litigar con Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano, fundado en que carecía de bienes que le produjeran la cantidad á que ascendía el doble jornal de un bracero en la localidad; y en que no ejercía industria de ningún género:

Resultando que el Promotor fiscal se opuso á que se concediera á

Prada dicho beneficio mientras no justificase los extremos en que se fundaba, y D. Enrique y Doña Amalia Meruéndano se opusieron también á dicha demanda alegando que por sentencia de 17 de Febrero de 1879 se había ya negado á Prada el beneficio de pobreza, y desde dicha fecha, lejos de empeorar su fortuna, había mejorado á juzgar por su traje y modo de vivir; que según se acreditaba con la certificación que presentaban del Secretario del Ayuntamienso de Villamartín, figuraba Prada en el amillaramiento con un líquido imponible de 212 pesetas, pagando de territorial por cupo y recargos 52 pesetas 80 céntimos, que además poseía una mina de cobre denominada de *Santa Sofía* por la que pagaba al Estado un canon de 50 pesetas anuales; que tenia casa propia en el pueblo de Fervorosa, y pagaba, además, un pupilaje en la cabeza de partido de 8 reales cuando menos, y que los bienes que en la actualidad poseía le daban un producto líquido de unas cuatro pesetas diarias:

Resultando que practicadas pruebas por ambas partes, y sustanciado el incidente en dos instancias, dictó sentencia revocatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en 8 de Mayo último, declarando no haber lugar á conceder á D. José Ignacio de Prada el beneficio de pobreza, con imposición de las costas y obligación de reintegrar el papel de pobre usado en los autos:

Resultando que D. José Ignacio de Prada interpuso contra dicha sentencia recurso de casación, citando como infringido el núm. 5° del artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, porqne habiendo vendido el recurrente parte de sus bienes, habiéndosele embargado judicialmente otra parte, y no ejerciendo industria, oficio ni profesión, carece absolutamente de bienes, y ha debido por tanto ser declarado pobre:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe el art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su núm. 2° citado en el único fundamento del recurso, puesto que se establece por base del razonamiento que D. José Ignacio Prada, á la circunstancia de no ejercer industria, oficio ni profesión, reune la de carecer absolutamente de bienes por haber vendido parte de ellos y tener otros embargados, y esto se halla en contradicción con el juicio que ha merecido á la Sala sentenciadora el resultado de las pruebas practicadas, cuya apreciación es la que debe prevalecer por no haber sido impugnada en la forma que prescribe el art. 1692 de la citada ley de Enjuiciamiento civil en su número 7°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Ignacio de Prada y Valcárcel, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Agosto del mismo año.)

30

Recurso de casación (27 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE CANTIDAD—Ha lugar al interpuesto por la Comisión de acreedores de D. Nicolás Olaguibel con D. Tomás de Libarona (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1° *Que no habiéndose planteado y discutido en el pleito la cuestión*

á que pudieran ser aplicables los artículos 1111 y 1112 del Código de comercio, no pueden citarse éstos como infringidos por la sentencia.

2° Que el art. 1160 de dicho Código, que determina que aprobado el convenio será obligatorio para todos los acreedores, ha de entenderse combinado con el art. 1155, según el cual los convenios no perjudican á los acreedores hipotecarios que se hayan abstenido de tomar parte en la junta en que se hubiesen acordado:

3° Que conforme á los artículos 1120 y 1121 del Código de Comercio, cuando los acreedores hipotecarios no quedasen cubiertos de sus créditos con los bienes que les estuviesen respectivamente hipotecados, serán considerados en cuanto al excedente como acreedores escriturarios y figurarán entre estos después de los hipotecarios en el lugar que les corresponda por la fecha de sus títulos;

Y 4° Que no falta á la congruencia prevenida por la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, el fallo que accede sustancialmente á lo pedido por la parte actora, aunque sus palabras no sean idénticas á las empleadas en la demanda, ó declare la legitimidad del derecho controvertido con las modificaciones y restricciones que á este mismo derecho imponen las leyes.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Enero de 1863, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Tomás de Libarona y Martínez, propietario, con D. José Luis de Basterra, marino retirado, D. Lúcas Ollara é Isla, comerciante, y D. Pedro de Echevarría y Goiré, Abogado, en el concepto de representantes de los acreedores de la quiebra de D. Nicolás Olaguibel, vecinos todos de Bilbao, sobre pago de cantidad, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la indicada comisión de acreedores demandada, y en su representación por el Procurador Don Francisco Quintín Fernández, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Doctor D. Eugenio Montero Rios y el Procurador D. Daniel Doze:

Resultando que D. Nicolás de Olaguivel se obligó por escritura de 1° de Junio de 1869 á pagar á D. Clemente de Unandía y á D. Juan Clemente de Artara, como testamentarios de D. Juan Tomás de Libarona 80.000 pesetas que le entregaron en préstamos por término de dos años, al interés de 5 por 100. con hipoteca de la casa y pertenecidos llamada Puerta Otomana, radicante en la ribera de Oblaga y la casería titulada Elorrieta; préstamo que se aumentó á 84.000 pesetas por escritura de 1° de Julio de 1871, y que fué prorrogada por dos años en 18 de Junio de 1873 por D. Juan Clemente de Artara, como único testamentario de D. Juan Tomás de Libarona, reduciendo el interés al 4 por 100 anual:

Resultando que el referido testamentario en concepto ya de tutor y curador de D. Tomás y D. Julián Libarona, hijos del difunto D. Juan Tomás, entabló demanda ejecutiva en 4 de Julio de 1875 para pago del referido crédito, y despachada ejecución y dictada sentencia de remate se procedió á la venta de las fincas hipotecadas, que sólo produjeron en junto 52.122 pesetas y 67 céntimos, resultando un déficit para el pago total del crédito de 41.257 pesetas 10 céntimos, del cual se adjudicaron á D. Tomás Libarona 23.253 pesetas 91 céntimos, y el resto á su hermano D. Julián:

Resultando que en 13 de Julio de 1876 se presentó en quiebra Don

Nicolás de Olaguivel, comprendiendo en el estado de sus acreedores preferentes con obligaciones hipotecarias á los testamentarios de Libarona por 320.000, y en la primera junta que se celebró en 11 de Agosto, propuso pagar á los acreedores el 50 por 100 de sus créditos en tres años, convenio que fué aceptado por la mayoría y aprobado por sentencia del Juez de primera instancia de 2 de Noviembre de 1876, que causó ejecutoria:

Resultando que no siendo posible á D. Nicolás Olaguivel satisfacer el primer plazo á que se había obligado, convocó á sus acreedores á una junta extrajudicial que tuvo lugar en 20 de Mayo de 1879, en la cual acordaron nombrar una comisión de cinco para proponer la resolución más conveniente y elevarla á escritura pública, y en 21 de Julio siguiente la otorgaron, pactando que D. Nicolás de Olaguivel daba en pago de sus deudas á los acreedores comunes todos los bienes raíces que no se hubieran vendido judicialmente, y todos los derechos comprendidos en el balance que acompañó á la declaración en quiebra, y en el que presentó á la junta extrajudicial de 20 de Mayo, excepto los que determinó, estableciéndose en la condición 3ª que los acreedores comunes á quienes se hacía dación en pago satisfarían á los acreedores hipotecarios ó privilegiados de cualquier clase que tuviera D. Nicolás, con anterioridad á su presentación en quiebra y se hallasen incluídos ó indicados en los balances, el importe de sus respectivos créditos; y que los mismos acreedores continuarían ó determinarían como les pareciera las cuestiones pendientes por créditos ó reclamaciones contra D. Nicolás anteriores á la declaración en quiebra, y las que en lo sucesivo pudiera promover cualquier acreedor reconocido como tal en los balances presentados á los acreedores, quedando por consiguiente Don Nicolás libre y exento de toda responsabilidad por dichos créditos y cuestiones:

Resultando que refiriendo todos estos antecedentes dedujo D. Tomás Libarona en 30 de Junio de 1881, la demanda objeto de estos autos contra D. Pedro Echevarría, D. Luis Basterra y D. Lucas Ollara, en concepto de comisionados de los acreedores de D. Nicolás de Olaguivel, para el pago de la cantidad de 23.253 pesetas, intereses y costas, importe de la adjudicación que se le había hecho en la testamentaría de su difunto padre del déficit del citado crédito, alegando en apoyo de su pretensión que no habiendo tomado parte alguna en los convenios que Olaguivel celebró con los acreedores, conservaba intactos sus derechos y tenía que ejercitarlos contra los que voluntariamente se habían subrogado en las obligaciones del quebrado, y que el crédito hipotecario no se extinguía, porque el importe de las fincas no hubiera bastado para cubrir toda la deuda, puesto que al acreedor de esta clase privilegiado le quedaba el derecho de repetir contra los demás bienes del deudor:

Resultando que los comisionados de los acreedores de D. Nicolás de Olaguivel impugnaron la demanda, alegando que la acción real hipotecaria se extinguía natural y necesariamente cuando vendida la finca gravada se consumía todo su valor en pagar la deuda garantida por la hipoteca; que extinguido de este modo el carácter hipotecario, la parte de crédito que hubiera quedado sin cobrar tenía que estar sometida á los convenios judiciales á que se sometían todos los demás acreedores que no eran de dominio ni hipotecarios; y que en su consecuencia si D. Tomás de Libarona no quería aceptar el último convenio extraju-

dicial celebrado entre Olaguivel y sus acreedores comunes, sólo podría reclamar de unos ú otros el 50 por 100 de su déficit:

Resultando que el demandante sostuvo al replicar que era acreedor privilegiado puesto que lo era hipotecario cuando Olaguivel se declaró en quiebra y celebró el convenio, absteniéndose de tomar parte en él y conservando por consiguiente incólumes de todos sus derechos sin quedar en manera alguna ligado á lo convenido:

Resultando que la comisión de acreedores sostuvo á su vez que el convenio fué celebrado con toda clase de aquéllos, y que aun cuando se prescindiera de la dación en pago, el demandante no tendría acción hipotecaria, porque las fincas habían sido ya enajenadas, y sólo podría utilizar la personal por la cuantía determinada del convenio, ó fuera por el 60 por 100 de su crédito:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia, y apelada por el demandante, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos la revocó en 16 de Junio de 1882, declarando que D. Tomás de Libarona tiene derecho á cobrar su crédito de los bienes que D. Nicolás de Olaguivel cedió á sus acreedores comunes, con preferencia á éstos; condenando en su consecuencia á los demandados como individuos de la comisión de dichos acreedores, á pagar á D. Tomás Libarona con los bienes cedidos por el deudor las 23.253 pesetas que le reclamaba, con preferencia á los acreedores comunes y con la antelación entre los escriturarios que le diera la prioridad en tiempo de la escritura de que se había hecho indicación, con más los intereses correspondientes á razón de un 5 por 100 que parecía ser el pactado en la escritura que fué hipotecaria; sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que los comisionados de los acreedores de D. Nicolás Olaguivel interpusieron recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1º En cuanto la sentencia estimaba la demanda de Libarona y condenaba á la comisión recurrente al pago de la cantidad demandada, el art. 1120 del Código de Comercio, según el cual Libarona no podía optar á más ventajas y preeminencias que las reconocidas por la ley á los acreedores escriturarios; los artículos 1111, 1112 y 1160, que definen la condición de los acreedores que se mantienen morosos ó extraños y apartados de la quiebra; el convenio judicialmente aprobado y el 1155, que define la excepcional facultad concedida solamente á los hipotecarios á los que ostentan título de dominio, no obstante lo cual Libarona no ha sido tratado por la Sala sentenciadora con respecto á los convenios, como si el descubierto sobre que recae el pleito del día fuere un crédito hipotecario y el convenio de Olaguivel con los acreedores, á quienes representa la comisión recurrente celebrado en 30 de Junio de 1879, y el art. 1115 del Código, puesto que condena á los demandados á satisfacer una cantidad á cuyo pago no se comprometieron, porque el crédito reclamado en el pleito del día no es *hipotecario ni privilegiado*; y cuando esto fuese, que no era, se habría infringido la regla de interpretación, según la cual debe estarse cuando haya duda á lo más favorable para el deudor:

2º En cuanto el fallo establecía la *preferencia y la antelación* con que la cantidad por Libarona reclamada debía ser satisfecha, la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, con lo cual incurría en los vicios 2º y 3º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que no guardaba la debida congruencia con la demanda y otorga más de lo pedido y ventilado en el pleito:

3° En cuanto la sentencia ordenaba á los demandados al pago de intereses sobre las 23.253 pesetas que reclamaba Libarona, el art. 7° de la ley de 14 de Marzo de 1856, puesto que constaba plenamente que gran porción de aquella cantidad estaba formada por intereses del préstamo hecho á Olaguivel por el causante de Libarona;

Y 4° En cuanto la sentencia fija en el 5 por 100; que dice que parece ser el tipo convenido, el interés que han de satisfacer los demandados, la ley del contrato obligatorio para el actor, puesto que según el hecho 3° de la contestación á la demanda, el considerando primero de la sentencia y la misma liquidación general de donde resultaba el déficit reclamado, y que constituía por tanto la base de la demanda, el interés del préstamo había quedado reducido al 4 por 100 anual en virtud de la escritura de 18 de Junio de 1873:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que no se ha planteado y discutido en el pleito la cuestión á que pudieran ser aplicables los artículos 1111 y 1112 del Código de Comercio, y que su art. 1160, que determina que aprobado el Convenio será obligatorio para todos los acreedores, ha de entenderse combinado con el art. 1155, según el cual los convenios no perjudican á los acreedores hipotecarios que se hayan abstenido de tomar parte en la junta en que se hubiese acordado:

Considerando que el demandante hoy recurrido conservaba su calidad de acreedor hipotecario, cuando en 7 de Junio de 1879, los acreedores comunes recurrentes aceptaron en pago todos los biedes raíces del quebrado que no se hubiesen vendido judicialmente, en cuyo caso se hallaban los ejecutados por Libarona, con obligación de pagar el importe de sus créditos á los acreedores privilegiados de todas clases que como éste fuesen anteriores á la presentación en quiebra y figurasen en la relación y balances con que el deudor común la preparó, y por consecuencia cualquiera que sea el carácter del crédito de Libarona por el resto no cobrado en la ejecución, los recurrentes están en el deber de satisfacerlo en los términos de dicho convenio:

Considerando que conforme á los artículos 1120 y 1121 del citado Código de Comercio, cuando los acreedores hipotecarios no quedasen cubiertos de sus créditos con los bienes que les estuviesen respectivamente hipotecados, serán considerados en cuanto al excedente como acreedores escriturarios y figurarán entre éstos después de los hipotecarios en el lugar que les corresponda por la fecha de sus títulos:

Considerando que no falta á la congruencia prevenida por la ley 16, tít. 22, Partida 3ª el fallo que accede sustancialmente á lo pedido por la parte actora, aunque sus palabras no sean idénticas á las empleadas en la demanda, ó declare la legitimidad del derecho controvertido con las modificaciones y restricciones que á este mismo derecho imponen las leyes, como sucede en el caso de autos en que la sentencia, al colocar á Libarona entre las acreedores escriturarios, no se concede el derecho de cobrar sino en el lugar que le señale la fecha de su título entre los demás de su clase:

Considerando que la cantidad que produjeron en venta los bienes hipotecados á Libarona ha debido aplicarse primeramente al pago de los intereses vencidos y no satisfechos, y el sobrante á la amortización del capital prestado, y que por consiguiente el descubierto en que se encuentra y deben pagarle los recurrentes, subrogados en lugar de Olaguivel por virtud del convenio de 7 de Julio de 1879, procede del capital totalmente y no también de réditos acumulados:

Considerando, finalmente, que apoyada la sentencia en las consideraciones legales expuestas, no infringe las leyes citadas en los motivos 1º, 2º y 3º:

Considerando que aunque por las escrituras de préstamo de 1º de Junio de 1869 y 1º de Julio de 1870 se fijó en 5 por 100 el interés que Olaguivel debía satisfacer, se redujo al 4 por 100 en la de 18 de Junio de 1873, en que se le concedió una prórroga para el pago; y no habiendo tenido esta novación en cuenta la Sala sentenciadora, infringe la ley del contrato al condenar á los recurrentes á pagar el interés primeramente estipulado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comisión de acreedores de D. Nicolás Olaguivel respecto al cuarto motivo en que se funda, y que no ha lugar en cuanto á los demás alegados; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 16 de Junio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, únicamente en la parte en que condena á los demandados, hoy recurrentes, á pagar á Libarona el 5 por 100 de interés del crédito reclamado.—(Sentencia publicada el 27 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Agosto del mismo año.)

31

Recurso de casación (27 *de Enero de* 1883).—*Sala tercera.*—TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—No se admite el interpuesto por Doña Martina Careaga con la razón social Uriarte y Gorocica (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que con arreglo á los artículos 1689 *y* 1690 *de la ley de Enjuiciamiento civil, habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias definitivas y las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito haciendo imposible su continuación.*

Resultando que anunciada la venta de unas fincas con motivo del juicio ejecutivo, seguido por la razón social Uriarte y Gorocica contra la Sociedad en liquidación A. de Zarraza y socio, dedujo Doña Martina de Careaga demanda de tercería de mejor derecho para el cobro de cierto crédito con el producto que dieran en venta los bienes embargados, fundada en que no habían podido otorgarse legalmente las escrituras que habían servido de base á la ejecución:

Resultando que conferido traslado á la parte ejecutante, pidió reforma y que se ordenara que siguiera el procedimiento ejecutivo, sin perjuicio de la reclamación de nulidad por parte de Doña Martina Careaga; y que negada su pretensión é interpuesta apelación, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos la estimó en sentencia de 25 de Octubre del año último, declarando que no procedía la suspensión del procedimiento ejecutivo, mandando en su consecuencia que siguiera su oportuno curso, sin perjuicio de que Doña Martina de Careaga pudiera pedir en juicio ordinario cuanto á su derecho interesare;

Y resultando que Doña Martina Careaga ha interpuesto contra esta sentencia recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que con arreglo á los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias definitivas y las que recayendo sobre

un incidente ó artículo pongan término al pleito haciendo imposible su continuación;

Y considerando que la sentencia recurrida no imposibilita la continuación de la demanda propuesta por Doña Martina Careaga;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Martina Careaga, á quien se condena en las costas: líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Sentencia publicada el 27 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Mayo del mismo año.)

32

Recurso de casación en la forma (27 *de Enero de* 1883).—DESAHUCIO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Juana Gutiérrez Santos con D. Julián Graceli Ramos (Juzgado de Zamora), y se resuelve:

Que no existe falta de personalidad en el depositario judicial autorizado para ejercer la acción de desahucio de fincas y casas pertenecientes á un abintestato, teniendo además adquirida la posesión judicial de dichas casas en el concepto de que se trata, sin que ejecutoriamente se hubiera resuelto nada en contrario.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado municipal de Zamora y en el de primera instancia de la misma ciudad por D. Julián Graceli Ramos como administrador y depositario judicial de los bienes del abintestato de D. Demetrio Gutiérrez Santos, representado por el Procurador Don Luis Lumbreras, bajo la dirección del Licenciado D. Francisco Bañares con Doña Juana Gutiérrez Santos, y en su nombre el Procurador Don José Cirilo Díaz, dirigido por el Licenciado D. Rafael G. de la Cruz, sobre desahucio de una casa:

Resultando que por fallecimiento en la ciudad de Zamora el día 26 de Agosto de 1866 de D. José Gutiérrez Galván, se practicó entre sus tres hijos D. Demetrio, Doña Juana y D. Francisco Gutiérrez Santos la partición de sus bienes, adjudicándose á D. Demetrio en pago de su legítima paterna una casa en la ciudad de Zamora y su calle de la Reina, núm. 6, tasada en 48.333 rs.; y otra casa en la calle de las Lonjas, número 8, lindante con la anterior y valuada en 18.333 rs.:

Resultando que en 5 de Diciembre de 1878 fallecio sin testamento D. Demetrio Gutiérrez Santos, vecino de esta corte, y promovido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista de la misma por su hermana Doña Juana Gutiérrez Santos y por el curador *ad litem* de su sobrino el menor D. Leonardo Gutiérrez y Vallecillo el juicio de abintestato, se personó en él el Conde de Puñonrostro como acreedor del difunto solicitando la intervención de los bienes y la entrega de los granos y metálico que existiesen todavía en su poder como administrador que había sido de los bienes del Conde en Zamora, donde falleció:

Resultando que acordada la intervención en auto de 17 de Abril de 1879, se libró exhorto al Juez de aquella ciudad, donde tenía también su vecindad Doña Juana Gutiérrez, y se procedió á la intervención, inventario y depósito de los bienes que se consideraron como de la propiedad del difunto, entre los cuales se comprendió una casa en la calle de la Reina, núm. 6, y otra en la calle de las Lonjas, núm. 8, nombrán-

dose depositario á D. Julián Graceli Ramos, representante del Conde de Puñonrostro, y declarando Doña Juana Gutiérrez Santos que no conocía otros bienes correspondientes á su hermano:

Resultando que el Juez de esta corte que conocía del abintestato, á virtud de pretensión del Conde de Puñonrostro, tuvo por auto de 16 de Mayo de 1881 como tal depositario judicial á D. Julián Graceli Ramos, autorizándole en forma legal para arrendar, desahuciar, percibir rentas, reclamar débitos, pagar contribuciones, hacer los gastos indispensables para la conservación de los bienes, y gestionar privadamente y ante los Tribunales todo cuanto condujera á su buena administración, mandando para que fuera así considerado y se le diera á conocer en tal concepto á cuantas personas fuera necesario que se librara el oportuno exhorto al Juzgado de Zamora, y que librado en efecto al Juez de Zamora, lo aceptó y mandó ejecutar cuanto en él se interesaba:

Resultando que en 11 de Julio de 1881 D. Julián Graceli Ramos, en concepto de depositario y administrador judicial de los bienes pertenecientes al abintestato de D. Demetrio Gutiérrez Santos, dedujo demanda en el Juzgado municipal de Zamora contra Doña Juana Gutiérrez Santos para que desalojase la casa que habitaba en la calle de la Reina, núm. 6, por la cual no pagaba renta ni merced alguna, y de la que se había hecho cargo el demandante como perteneciente al abintestato, habiendo precedido el aviso previo que prevenía la ley y que constaba en el acto de conciliación que habían celebrado sin avenencia; y que sustanciado el juicio y dictada sentencia por el Juez municipal estimando el desahucio, el de primera instancia la revocó en 17 de Agosto de dicho año, declarando que no tenía personalidad el demandante para deducir dicha acción, y absolviendo por tanto á Doña Juana Gutiérrez Santos; estableciendo para ello, entre otros fundamentos, que la autorización concedida por el Juez del abintestato al depositario administrador se limitaba á desahuciar á los colonos é inquilinos y no se había indicado que fuera lo uno ni lo otro la demanda, sino que se decía que llevaba la finca en precario, y que además sería preciso justificar que no había habido declaración de heredero ó la intervención en el abintestato del Ministerio público:

Resultando que en 23 de Diciembre del mismo año 1881 acudió el Conde de Puñonrostro al Juzgado de esta corte para que se ampliara el exhorto librado anteriormente, á fin de que se cumpliera y ejecutara en todos y cada uno de sus extremos, siendo extensivo á que el depositario se incautara con arreglo á derecho, ejercitando la acción de desahucio de cualquiera finca que perteneciendo al abintestato fuera llevada en precario ó bajo cualquier otro concepto, y especialmente de la casa núm. 6 de la calle de la Reina y su accesoria de las Lonjas, número 8, toda vez que no había todavía heredero judicialmente declarado:

Resultando que el Juez lo estimó así denegando á Doña Juana Gutierrez la reforma que solicitó, y que librado el exhorto que se mandó cumplir, se requirió á Doña Juana Gutiérrez para que reconociera á D. Julián Graceli como depositario judicial de los bienes; y enterada; protestó contra el nombramiento, porque tenía pedida su revocación, y porque habiéndose terminado el abintestato con la declaración de herederos, no tenía ya validez; y habiéndose dado posesión á Don Julián Graceli de la citada casa y su accesoria, Doña Juana Gutiérrez reprodujo la protesta; añadiendo respecto á la posesión, que aquella no pertenecía á la testamentaría de D. Demetrio, sino á la de su padre D. José Gutiérrez, por todo lo cual no se conformaba ni la consentía:

Resultando que en 7 de Febrero de 1882 el Juez del distrito de Buenavista de esta Corte declaró, con la calidad de sin perjuicio, herederos por iguales partes de D. Demetrio Gutierrez Santos á su hermana Doña Juana y á su sobrino D. Leonardo Gutiérrez, en representación de su difunto padre D. Juan, teniendo por aceptada la herencia á beneficio inventario; y que por otro auto de 10 de Marzo siguiente dejó sin efecto el nombramiento de depositario y administrador judicial de los bienes de la testamentaría con que venía figurando D. Julián Graceli Ramos, y convocó á junta á todos los interesados para que se pusieran de acuerdo sobre el nombramiento de depositario y administrador:

Resultando que verificada la junta, en la que Doña Juana Gutiérrez Santos pretendió se la designase para dicho cargo, y el Conde de Puñonrostro acreedor de la testamentaría, designó á D. Luis Trens y Cubas, domiciliado en esta Corte, que se hallaba dispuesto á prestar todo género de garantías; el Juez por auto de 12 de Mayo hizo el nombramiento de administrador en dicho D. Luis Trens y Cubas, mandando que se le pusiera en posesión de dicho cargo, después que prestara fianza en cantidad de 5.000 pesetas: y que pedida reforma de este auto por Doña Juana Gutiérrez, que dijo que no se ajustaba á las disposiciones de la ley, denegada, interpuso apelación que le fué admitida en un solo efecto:

Resultando que á instancia de D. Julián Graceli Ramos, como depositario y administrador de los bienes del abintestato, se requirió por medio de acta notarial en 23 de Febrero de 1882 á Doña Juana Gutiérrez Santos para que en el término de 30 dias dejara á su disposición las casas núm. 6 de la calle de la Reina y núm. 8 de la de las Lonjas, á lo que aquélla se negó por la protesta que tenía hecha en el requerimiento y diligencia de posesión antes mencionadas:

Resultando que el referido depositario y administrador judicial del abintestato D. Julián Graceli Ramos dedujo en 6 de Julio de 1862 ante el Juzgado municipal de Zamora contra Doña Juana Gutiérrez Santos la demanda objeto de este juicio para que dejara libre y á disposición del demandante la referida casa y su accesoría, que se hallaba intervenida en el abintestato como de la propiedad de D. Demetrio Gutiérrez y que venía ocupada por aquélla desde el fallecimiento del mismo en precario tácitamente y sin pago de renta ni merced alguna:

Resultando que citadas las partes á juicio verbal, la demandada impugnó la demanda, oponiendo la excepción de falta de personalidad en el demandante, puesto que por no tener el carácter de administrador con que pedía, pues se hallaba actualmente nombrado D. Luis Trens y Cubas, y tanto sobre este nombramiento como el que anteriormente tuvo Graceli, tenía propuesto en Madrid la demandada los recursos correspondientes para no consentir uno ni otro: oponiendo también la excepción de cosa juzgada, puesto que fué absuelta anteriormente en otro juicio de desahucio, y alegó además que las fincas á que se refería el desahucio no pertenecían á D. Demetrio por haberle sido adjudicados, y que no existía ya el abintestato por haber recaído declaración de herederos:

Resultando que recibido el juicio á prueba y traído á los autos testimonio de los antecedentes referidos, dictó sentencia el Juez municipal, que confirmó, con las costas, el de primera instancia en 7 de Agosto de 1882, declarando haber lugar al desahucio:

Resultando que Doña Juana Gutiérrez Santos interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 2º del ar-

artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre cuya falta había reclamado como excepción en el juicio, protestando interponer á su tiempo, si procediere, el recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín José Cervino:

Considerando que el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma se funda únicamente en el caso 2° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea la falta de personalidad en alguna de las partes ó en el Procurador que la hubiere representado:

Considerando que aunque la recurrente alegó en el juicio verbal dicha falta de personalidad en el demandante Graceli, consta que éste tuvo la necesaria para demandar á aquélla como depositario judicial autorizado para ejercer la acción de desahucio de fincas y casas pertenecientes al abintestato de D. Demetrio Gutiérrez, teniendo además adquirida la posesión judicial de dichas casas, en el concepto de que se trata, sin que ejecutoriamente se hubiera resuelto nada en contrario:

Considerando, por tanto, que no existe el quebrantamiento de forma alegado por la parte recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Doña Juana Gutiérrez Santos, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y procédase á lo que corresponda respecto del recurso de casación preparado por infracción de ley.—(Sentencia publicada el 27 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Mayo del mismo año.)

33

Recurso de casacion (29 *de Enero de* 1883).—*Sala primera.* —Validez de un testamento y entrega de bienes.—Ha lugar al interpuesto por D. Martín Xamena con D. Rafael Roselló (Aud. de Palma), y se resuelve:

Que la costumbre observada en Cataluña y Mallorca y sancionada por la jurisprudencia, de que puede el marido conferir á su mujer la facultad de elegir heredero universal de los bienes de aquél entre los hijos de ambos al que mejor le pareciere, y la doctrina legal, autorizada por el Tribunal Supremo, de que una vez verificada dicha elección en un documento solemne no puede ya dejar de producir sus efectos ni ser revocada por la misma persona que usó de aquella facultad, no son aplicables al caso en que el testador no facultó á su mujer para elegir heredero de aquél, sino que la nombró su heredera universal propietaria, imponiéndole la obligación, que ésta debía cumplir como heredera voluntaria, de haber de disponer de los bienes del testador á favor de uno ó más de sus sobrinos y descendientes de éstos, sin establecer restricciones ni condiciones para el cumplimiento de esta obligación.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Enero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Manacor y en la Sala de justicia de la Audiencia de Palma por D. Rafael Roselló y Bordils, vecino y propietario de Felanitx, representado por el Procurador D. Francisco Quintín Fernández, bajo la dirección del Licenciado Don Antonio Maura, con D. Martín Xamena y Nicoláu, como marido de Doña Cecilia Roselló y Mesquida, de la misma vecindad, y en su nom-

bre el Procurador D. Federico Grases, defendido en el acto de la vista por el Licenciado D. Cristino Martos sobre validez de un testamento y entrega de bienes:

Resultando que D. Sebastián Burdils y Nicolau falleció en 15 de Octubre de 1869 con testamento otorgado en 10 de Agosto de 1854, nombrando heredera universal propietaria de sus bienes á su mujer Margarita Xamena, sin dar cuenta, con la obligación empero de haber de disponer de ellos á favor de uno ó más de sus sobrinos ó sobrinas ó descendientes de éstos, distribuyendo su herencia en la forma que tuvo por conveniente para el caso de no disponer su citada mujer Margarita Xamena:

Resultando que haciendo ésta uso de la facultad de disponer de los bienes que fueron de su marido, otorgó testamento en 29 de Mayo de 1870, aumentando 20 libras á la cantidad destinada para funeral y entierro, legó al agonizante 2 escudos por limosna de una misa, á su hermano Miguel 12 sueldos y el fruto de todas sus tierras, árboles y viñas del año que muriese, y el de las tierras, árboles y viñas de su finado marido, cuyo fruto, si hubiese premuerto, sería de sus hijos; y de los bienes de su referido marido, de que tenía obligación de disponer, nombró herederos propietarios á los sobrinos de éste Francisco, Jáime, Sebastián, Miguel, Antonio y Juan Gayá y Burdils, y á Rafael Roselló y Burdils, y destinando á los seis primeros los bienes que expresó, y al último todos los que restaban, tanto muebles como inmuebles, con la expresa condición de que si alguno de sus hijos ó hijas efectuase matrimonio con hijo ó hija del sobredicho Miguel Xemena, el que lo verificara tuviese todos los bienes destinados á su padre Rafael Roselló y fuese heredero en lugar de éste, de modo que en seguida de celebrado matrimonio ya podria posesionarse de todo lo destinado á su indicado padre y disponer á su arbitrio; obligó al nombrado Rafael Roselló á invertir cuando entrase en posesión de los bienes del finado marido de la otorgante, 100 libras en la celebración de misas rezadas á intención de la misma, y á pagar las 20 con que había aumentado las destinadas para su funeral y entierro; dispuso que este testamento sólo tuviera efecto por lo que miraba á los bienes de su citado marido debiendo observarse, por lo que hacía á los suyos propios, lo dispuesto en el de 2 de Setiembre de 1865, con las variaciones introducidas en aquél; y terminó con la clausula de que ni unos ni otros de los antedichos herederos podría por ningún motivo reclamar cosa alguna, ni de sus bienes ni de los que fueron de su citado marido; que lo que les destinaba en el presente testamento, y cualquiera que de los antedichos herederos no se conformara con lo dispuesto en el y quisiere promover disputas ó cuestiones, por este hecho quedaría privado de serlo, y lo destinado á los que no se contentaran pasaría á los que quedaron conformes; de modo que el que no se conformara quedaría desde luego revocado todo lo dispuetto y ordenado á su favor, y no tendría nada de los bienes de su consabido marido:

Resultando que en 13 de Agosto de 1880 otorgó Doña Margarita Xamena otro testamento, por el que, usando de las facultades que le habia concedido su marido, legó á Jaime, Ramón, Francisco y Ana Roselló, Jaime, Juan, Antonio, Sebastián, Miguel y Francisco Gaya y Burdils, sobrinos de su citado marido, diferentes censos y fincas de la pertenencia de éste, y del remanente de los bienes del mismo nombró heredera propietaria á Cecilia Roselló, hija de Jaime Roselló y Burdils, resobrina del citado su marido:

Resultando que por escritura de 16 de Febrero de 1881, Margarita Xamena hizo donación á Cecilia Roselló de 10 fincas procedentes de la herencia del finado Sebastián Burdils, efectiva y valedera de presente; donación que fué aceptada por la donataria con la aprobación de su marido Martín Xamena y Nicolau, siendo inscrita en el Registro de la propiedad despues de haber sido subsanada por otra de 6 de Abril la falta cometida, referente á la demostración del parentesco de la donataria con el marido de la donante:

Resultando que ocurrido en 14 de Mayo de 1881 el fallecimiento de Margarita Xamena, en 7 de Julio siguiente dedujo D. Rafael Roselló y Burdils la demanda objeto de este pleito, alegando, después de hacer mérito de los antecedentes referidos, que según costumbre que constituía fuero especial en aquella isla, cuando un testador imponía al heredero que designaba la obligación ó le concedía la facultad de disponer de los bienes hereditarios á favor de personas determinadas, á su elección, una vez utilizada dicha facultad ó cumplida de una manera solemne la obligación impuesta, ya no era posible que por el mismo heredero pudiera variarse ó alterarse, pues aquel acto adquiría el carácter de irrevocabilidad, según doctrina establecida por este Supremo Tribunal en repetidas decisiones; que en virtud de este principio no pudo Margarita Xamena alterar ni variar por disposiciones posteriores lo que ordenó en su testamento de 1870, ni imponer á los herederos en éste designados condiciones ó graváménes á favor de otras personas no previstas por el primitivo testador, careciendo por este motivo de eficacia dichas condiciones y gravámenes, así como el título en virtud del cual estaba detentando los bienes el marido de Cecilia Roselló, última heredera instituída; y en su virtud, haciendo uso de las acciones reales y mixtas, pidió que declarando válido y subsistente el testamento que otorgó Margarita Xamena en 29 de Mayo de 1870; que la expresada Xamena no pudo por un testamento ni contrato entre vivos posterior revocar, alterar ni modificar lo ordenado en el suyo referido, siendo en su consecuencia nulos y de ningún valor ni efecto cuantos se hubieren dispuesto ó celebrado en su contravención, se condenase en su virtud á Cecilia Roselló, ó á su marido en representación de la misma, como detentores de los bienes que pertenecieron al finado Sebastián Burdils y Nicoláu, á que entregase al demandante los que se le dessignaban en el citado testamento de la Xamena, con los frutos producidos y podidos producir desde la muerte de la misma; declarándose también que la insinuada Xamena no pudo imponer á los herederos inscritos en su testamento condición, obligación ni gravamen alguno sin estar expresamente autorizada por su marido, siendo por consiguiente nulos, y teniéndose por no puestos los que contra lo indicado se imponían á los referidos herederos:

Resultando que D. Martín Xamena, como marido de Doña Cecilia Roselló contestó á la demanda, sosteniendo que siendo las últimas voluntades variables hasta la muerte, pudo Margarita Xamena disponer en testamento ó en otra forma de última voluntad tantas veces como quiso de los bienes que fueron de su marido, en uso de las facultades que éste le había conferido, y por tanto debía atenerse á la última disposición y no á la primera, que era la que se invocaba por el demandante; pidiendo en su virtud que se desestimase con las costas la demanda, y que en cuanto fuera menester se declarase ineficaz el testamento otorgado en 1870 por Margarita Xamena:

Resultando que el demandante replicó insistiendo en la yetensión de su demanda, y solicitando además que se declarasen nulos de ningún valor ni efecto el testamento y donaciones otorgadas por Margarita Xamena con posterioridad al de 1870 ya citado:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia, y que la Sala de justicia de la Audiencia de Palma la revocó en 4 de Julio de 1882, declarando válido y subsistente el testamento que otorgó Margarita Xamena en 29 de Mayo de 1870, y nulos y sin valor la cláusula penal de desheredación y los gravámenes impuestos al heredero en él instituído Rafael Roselló, como también el testamento posterior de 13 de Agosto de 1880 y las escrituras de donación de 16 de Febrero y 6 de Abril de 1881 en favor de Cecilia Roselló y Mesquica, condenando á Martín Xamena y Nicoláu, como marido de la expresada Cecilia Roselló, á entregar dentro de 10 días al ya citado Rafael Roselló y Burdils los bienes que se le designan en el mencionado testamento de la Xamena de 29 de Mayo de 1870, con los frutos producidos á la muerte de ésta, con exclusión de los existentes en dichos bienes el año en que ocurrió su fallecimiento, sin hacer especial condenación de costas en ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Martín Xamena y Nicoláu, como marido de Doña Cecilia Roselló, interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 21, tít. 1°, Partida 6ª, según la cual el testamento se puede desatar por otro que fuese hecho después cumplidamente; y por tanto, como que Doña Margarita Xamena, heredera propietaria de su marido estaba autorizada, y si se quiere obligada á disponer de los bienes que heredaba de aquél en favor de uno ó más de sus sobrinos ó descendientes de ellos, pero sin expresar la forma, tiempo ni condiciones con que había de realizar aquella obligación, era evidente que la clase de disposición que hiciera había de sujetarse á las condiciones especiales de ella misma, y por lo tanto, habiendo acordado en testamento la elección de los sobrinos, á cuyo favor cumplía la voluntad de su marido, era claro que podía variarla por otro testamento;

Y 2° El otorgado por D. Sebastián Burdils en 10 de Agosto de 1854, pues al imponer á su heredera la obligación de disponer de sus bienes en favor de uno ó más de sus sobrinos ó descendientes, constituyó un verdadero fideicomiso electivo en cuanto á esta última parte, dejando al heredero poseedor la facultad de cumplir de la manera que tuviera por conveniente su voluntad, y como lo dispuesto en el testamento de 29 de Mayo de 1870 no concedía derechos hasta el fallecimiento de Doña Margarita, era claro que hasta el día en que éste llegaba estaba en su arbitrio la elección, variando á su voluntad el sucesor ó sucesores, según la doctrina general reconocida de que la voluntad del hombre es ambulatoria hasta la muerte:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que la costumbre observada en Cataluña y Mallorca y sancionada por la jurisprudencia, de que puede el marido conferir á su mujer la facultad de elegir heredero universal de los bienes de aquél entre los hijos de ambos al que mejor le pareciere, y la doctrina legal, autorizada por este Tribunal Supremo, de que una vez verificada dicha elección en un documento solemne no puede ya dejar de producir sus efectos ni ser revocada por la misma persona que usó de aquella facultad, en cuya costumbre y doctrina se fundan la demanda y la senten-

cia recurrida, no son aplicables al caso de este pleito, porque el testador no facultó á su mujer para elegir heredero de aquél, sino que la nombró su heredera universal propietaria, imponiéndole la obligación que ésta debía cumplir como heredera voluntaria de haber de disponer de los bienes del testador á favor de uno ó más de sus sobrinos y descendientes de estos, sin establecer restricciones ni condiciones para el cumplimiento de esta obligación:

Considerando que entendidas las palabras del testador tales como suenan y están escritas, según deben entenderse conforme á la ley, la heredera Margarita Xamena tuvo el carácter de propietaria de los bienes de la herencia durante su vida, y pudo cumplir su obligación que aquél le impuso para disponer de ellos, lo mismo por testamento que por acto entre vivos, siempre que lo verificara á favor de sobrinos del testador; y en el caso de elegir la forma de testamento no podía negársele la facultad de revocarlo por otro posterior, como permite la ley, puesto que el testador ni directa ni indirectamente la privó de esta facultad ni la impuso otra condición que la antes indicada de disponer á favor de sus sobrinos:

Considerando que por la razón legal antes indicada de que por el testamento posterior hecho cumplidamente se desata y revoca el anterior, el que Margarita Xamena otorgó en 29 de Mayo de 1870 quedó revocado y sin efecto por el que otorgó después con las solemnidades legales en 13 de Agosto de 1880, puesto que en él cumplió la obligación que le impuso el testador Sebastián Burdils de disponer de los bienes á favor de sus sobrinos y descendientes de éstos; y por no haberlo estimado así la sentencia recurrida, interpretando erróneamente la voluntad de dicho testador, infringe el testamento de éste que es ley del caso, y la doctrina legal de que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, y el testamento posterior, hecho cumplidamente desata y revoca el anterior, que se citan como fundamento del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Martín Xamena y Nicolau, como marido de Doña Cecilia Roselló y Mesquida; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 4 de Julio de 1882 dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Palma.—(Sentencia publicada el 29 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

34

Recurso de casación (31 *de Enero de* 1883).—*Sala segunda.*—REIVINDICACIÓN.—No se admite el interpuesto por D. Miguel García (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que es inadmisible el recurso presentado fuera del término señalado por la ley.

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia del distrito del Mar de la ciudad de Valencia, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Miguel Picazo con D. Miguel García sobre reivindicación de un billete de la rifa de la casa de Beneficencia, y dictada sentencia por dicha Sala, por parte de D. Miguel García se pidió, con objeto de interponer recurso de casación por infracción de ley, se expidiera certificación del fallo y se remitiera de oficio á este Tribunal Supremo, en consideración á defenderse el García en concepto de pobre:

Resultando que así acordado, se extendió el testimonio de las sentencias, y previo emplazamiento de las partes en 7 de Noviembre último, en el mismo día se remitió á este Tribunal Supremo:

Resultando que después de nombrados sucesivamente para la defensa de García dos Abogados de oficio, que manifestaron no considerar procedente la interposición del recurso, aquél designó un Letrado para que le defendiera; y entregadas las diligencias al Procurador en virtud de providencia dictada en 16 de Diciembre, las devolvió con escrito de 9 de Enero último, formulando el recurso de casación; y oído el señor Fiscal, se opone á su admisión por estarlo fuera de término:

Siendo Ponente el Magistrado D. Pablo M. Sagasta:

Considerando que remitido el testimonio de la sentencia y emplazadas las partes en 7 de Noviembre, y no habiéndose presentado el recurso hasta el 10 de Enero, esto es, pasados 51 días hábiles, la presentación es extemporánea é inadmisible, conforme á los artículos 1701 y 1716 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto á nombre de D. Miguel García: comuníquese este auto á la Audiencia de Valencia, con devolución del apuntamiento, para los efectos legales correspondientes: y publíquese en la *Gaceta* y á su tiempo en la *Colección legislativa*, pasándose para ello las oportunas copias.—(Sentencia publicada el 31 de Enero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 20 de Mayo del mismo año.)

35

Recurso de casación (1° *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Laya con Doña María Isabel Cañas (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no infringe el núm. 1° del art. 182 de la ley de Enjuiciamiento civil próxima anterior á la vigente, la sentencia que deniega la defensa por pobre, en virtud de estimar la Sala, apreciando la prueba producida por el recurrente, que no acredita su pobreza en el sentido legal, contra cuya apreciación no se cita infracción alguna de ley.

En la villa y corte de Madrid, á 1° de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Pedro Laya con Doña María Isabel y Doña Angela de Cañas y el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre; autos que penden ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de Laya por el Procurador D. Lucio Alvarez, bajo la dirección del Licenciado D. Tomás María Ariño, no habiéndose personado las otras partes:

Resultando que en 29 de Octubre de 1881 D. Pedro de Laya y Abogado promovió incidente solicitando se le declarase pobre para litigar en la testamentaría de D. José de Cañas y Godínez; que conferido traslado á Doña Angela y Doña María Isabel de Cañas como únicas interesadas en esta testamentaría, se opusieron á la pretensión de Laya, y oído el Promotor fiscal, se recibió el incidente á prueba practicándose las propuestas por las partes, siendo relativa la testifical de Laya á justificar que es pobre en sentido legal:

Resultando que para mejor proveer se acreditó por testimonio del actuario con referencia á los autos de la testamentaría de D. José de

Cañas, que en ellos se ha defendido Laya en concepto de rico hasta que promovió el incidente, y en 24 de Enero de 1882 el Juez de primera instancia dictó sentencia, por la que declaró no haber lugar á la defensa por pobre solicitada por D. Pedro Laya para litigar con la testamentaría de D. José de Cañas, y le condenó al reintegro de las costas y del papel sellado que había dejado de satisfacer en los autos:

Resultando que confirmada con las costas dicha sentencia por la que en 9 de Mayo del mismo año pronunció la Sala segunda de lo civil de este distrito, por parte de D. Pedro Laya se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

El art. 191 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil reproducido en el 25 de la vigente, porque en modo alguno se refiere ni puede aplicarse al caso de autos, y porque aun refiriéndose sus prescripciones lejos de desconocerse, como afirma la sentencia recurrida, han sido cumplidas estrictamente por el demandante D. Pedro Laya; que no son aplicables ni pertinentes á la demanda de pobreza deducida por el recurrente los artículos citados, porque tanto uno como otro se refieren de un modo expreso al litigante que no se haya defendido por pobre en primera instancia y lo pretenda en la segunda, caso en que no se encontraba D. Pedro Laya al deducir esta pretensión en la misma primera instancia del juicio universal de testamentaría del padre de su esposa D. José Cañas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe el núm. 1º del art. 182 de la ley de Enjuiciamiento civil próxima anterior á la vigente, porque apreciada la prueba producida por el recurrente, estima que no acredita su pobreza en el sentido legal, denegándole en el fallo los beneficios que pretende, y no habiéndose citado ley alguna infringida contra dicha apreciación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Pedro Laya, á quien condenamos en las costas, y á pagar por razón de depósito la cantidad de 1.000 pesetas, que se distribuirá con arreglo á la ley; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 1º de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

36

Recurso de casación (1º *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —PAGO DE LEGADO.—No ha lugar al interpuesto por D. Domingo Ortiz de Zárate con D. Salustiano Azcúnaga (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que no infringe la voluntad de la testadora, ni la ley* 5ª, *tít.* 33, *Partida* 7ª, *ni las doctrinas que establecen que la voluntad del testador es ley en la materia, y que las palabras del testador no deben interpretarse de manera que vayan más allá de lo que expresa la letra de las disposiciones, la sentencia que al condenar al demandado á que pague las* 30 000 *pesetas de los legados, en metálico, valores, bienes muebles, ó en lo que más le convenga, emplea las mismas palabras usadas por la testadora: y al prevenir que dicho pago se haga de modo que resulten entregadas íntegras las expresadas cantidades, con exclusión, por tan-*

to, de los créditos dudosos, cumple también la voluntad de la misma testadora, la cual expresó con palabras claras que su marido percibiría el remanente del tercio, después de cubiertos los legados; por lo cual, y por haberlos fijado en cantidad determinada, es evidente que quiso fuese real y positiva su entrega, y no lo sería si quedaran expuestos á la disminución que pueda resultar de los créditos dudosos, cuyo quebranto debe sufrir el legatario del tercio por serlo de parte alícuota del caudal;

Y 2° Que conforme á la voluntad de la testadora y á la naturaleza de los legados de que se trata, debió pagarlos el recurrente luego que recibió el tercio de los bienes de la herencia, del que habían de deducirse, constituyéndose en mora desde aquel día por ser líquida la cantidad y no haber tenido razón derecha para dilatar el pago; y por consiguiente, la sentencia que le condena al pago de los intereses legales desde la contestación á la demanda no infringe el art. 8° de la ley de 14 de Marzo de 1856, y las doctrinas establecidas por el Tribunal Supremo, según las que el obligado al pago que no incurrió en mora por haber estado siempre dispuesto á hacer entrega de las cantidades que debía abonar ha de ser absuelto del pago de los intereses y hasta que se fije por sentencia lo que debe pagar el demandado al demandante, no existe razón para considerarle deudor moroso é imponerle el pago de los intereses, las que se citan haciendo supuesto de la cuestión.

En la villa y corte de Madrid, á 1° de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia y en la Sala primera de lo civil de la de esta capital por D. Salustiano Azcúnaga y Echeve, vecino y del comercio de esta corte, con Don Domingo Ortiz de Zárate, comerciante y de la propia vecindad, sobre pago de unos legados; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre del Ortiz de Zárate por el Procurador D. Felipe Ruiz de la Peña, bajo la dirección del Licenciado D. Ignacio Suárez, habiendo representado y defendido al D. Salustiano Azcúnaga el Procurador D. Eusebio Casaes y el Licenciado D. Francisco Silvela:

Resultando que Doña Rosa Azcúnaga y Echeve, esposa de D. Domingo Ortiz de Zárate, falleció en esta corte el día 6 de Diciembre de 1874 bajo el testamento que en unión de su referido esposo otorgó en 1° de Mayo de 1861 y codicilo que también ambos otorgaron en 4 de Diciembre de 1874, en cuyo primer acto la Doña Rosa instituyó por herederos á sus padres D. Celedonio y Doña María Ana de Echave, legando el tercio á su citado esposo; y después en las cláusulas 4ª y 5ª del codicilo legó á su hermano D. Salustiano, hoy demandante, 25.000 pesetas, y á su sobrino D. Teodoro, hijo de éste, otras 5.000, disponiendo en la 7ª que estas cantidades se habían de deducir del tercio que en el testamento dejó á su marido, el cual percibiría el remanente que quedase de dicho tercio después de cubiertos los legados antedichos; y en la 8ª que estos legados se pagarían por su citado esposo *en metálico, valores, bienes muebles, ó en lo que tenga por conveniente, sin que nadie se oponga á recibir* su importe, *siempre que sea equitativo*:

Resultando que en 18 de Abril de 1875 el viudo D. Domingo Ortiz, los herederos D. Celedonio Azcúnaga y Doña María Ana de Echave, el legatario D. Salustiano por sí y en nombre de su hijo menor, también legatario, y D. Justo Mazón, nombrado en unión de aquellos albacea testamentario, liquidador, contador y partidor del caudal, otorgaron una escritura particional, por la cual se adjudicaron á los herederos y

viudo sus respectivos haberes en varios efectos, y en parte mancomunada ó proindiviso del establecimiento de ferretería que el viudo y la difunta poseían en la calle de Toledo, adjudicándose también al D. Salustiano las 30.000 pesetas que importaban su legado y el de su hijo en parte de dicho establecimiento, el cual habia de continuar como si no hubiese ocurrido el fallecimiento de la Doña Rosa:

Resultando que posteriormente se practicó otra partición reconocida como cierta por el actor, á instancia del demandado, en cuya suposición 5ª se dice que no habiendo tenido efecto la división real y efectiva del caudal que se hizo por la anterior escritura particional, por haberse convenido que continuara la casa comercio en la misma forma que cuando vivían ambos cónyuges, convinieron en hacer la división real y efectiva, entregando á cada interesado lo que le correspondiese, para cuya operación se nombraron liquidador y partidor á D. Gregorio de Miota, en la suposición 6ª, que daban por anulada la escritura antes dicha y operaciones que entonces se verificaron; debiendo ajustarse al que nuevamente se hacía al estado que tenían los bienes en 31 de Diciembre de 1875, como si en ese día hubiese fallecido la Doña Rosa; y en la 7ª, que las 30.000 pesetas, importe de los legados de D. Salustiano Azcúnaga y su hijo, que hasta aquella fecha habían quedado en participación de la casa comercio del Ortiz de Zárate, en virtud de lo que antes habían convenido, se le diesen como si no hubiese alcanzado pérdidas ni ganancias con cargo al tercio de los bienes, bajo la misma suposición de que Doña Rosa hubiese fallecido en dicho día 31; y habiendo hecho los interesados para esta segunda partición un balance general de los bienes existentes á la fecha indicada, según consta de la suposición 3ª, que aceptaron como inventario, incluyeron en él 336.247 pesetas 97 céntimos en créditos de buena calidad, y 56.425 pesetas 77 céntimos en créditos dudosos ó de mediana calidad, dejando sin incluir los créditos incobrables, importantes la cantidad de 46.408 pesetas 50 céntimos; que practicadas las operaciones de esta partición, ascendió el haber dotal del viudo D. Domingo á la cantidad de 474.917 pesetas 31 céntimos, correspondiendo de éstas 105.702 pesetas 58 céntimos al tercio legado por la difunta, cuya total cantidad le fué adjudicada; 37.729 pesetas 85 céntimos en créditos dudosos ó de mediana calidad, y lo demás en créditos de buena calidad y otros efectos, sin que se expresase específicamente qué bienes se adjudicaron para pago del tercio legado:

Resultando que por escritura otorgada en 6 de Setiembre de 1876 por D. Domingo Ortiz de Zárate y D. Salustiano Azcúnaga, por sí y como apoderado de sus padres D. Celedonio y Doña María Ana de Echave, declararon que todos se hallaban satisfechos del haber que á cada uno había correspondido por la herencia de Doña Rosa en virtud de la anterior partición que en la escritura fué reseñada, por la que mutuamente se otorgaron la correspondiente carta de pago y finiquito, quedando pendiente el legado de las 30.000 pesetas de D. Salustiano y su hijo D. Teodoro, las cuales el viudo D. Domingo se obligó á satisfacer conforme lo dispuso la testadora en su codicilo:

Resultando que en el mes de Julio de 1876 se celebró una conferencia en casa del demandado entre éste y el demandante, en la que el segundo preguntó á aquél en qué forma iba á pagarle los legados, contestándole el Ortiz que en créditos dudosos, cuya forma de pago no admitió el D. Salustiano, mediando después entre ambos varias contestaciones sobre este punto, sin llegar á ponerse de acuerdo:

Resultando que D. Salustiano Azcúnaga y su hijo D. Teodoro dedujeron demandanda en 28 de Mayo de 1881 contra el D. Domingo Ortiz de Zárate, pidiendo se le condenase al pago de las 25.000 pesetas que Doña Rosa Azcúnaga legó al D. Salustiano, y las 5.000 que legó también á su menor hijo D. Teodoro, en metálico, valóres, bienes muebles, inmuebles, según ordenó la testadora en su codicilo, previa la tasación de peritos nombrados por las partes, caso de que no se verificase el pago en metálico, al pago de los intereses legales desde el día 31 de Diciembre de 1875 en que debió pagar los legados referidos, y al de las costas: al efecto, después de hacer mérito de los antecedentes relacionados, alegó que con arreglo á la ley 18, tít. 9°, Partida 6ª, al legatario tiene que entregársele un legado íntegro, y si por culpa del heredero se menoscabase, éste será obligado á pagar su total importe; que la ley 34 del mismo título y Partida establece que luego que muere el testador pasa el señorío de la cosa legada á aquel á quien fué hecha la manda cuando el legado es puro; que con arreglo á la ley 5ª, tít. 23, Partida 7ª, las palabras del testador deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, y que conforme al art. 8º de la ley de 14 de Marzo de 1856, el deudor constituido en mora abonará el interés de 6 por 100 anual:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Domingo Ortiz de Zárate, le evacuó pretendiendo se le absolviera de ella con imposición al actor de las costas; y haciendo mérito también de los antecedentes relacionados, alegó que la voluntad del testador es ley de inexcusable observancia en la materia, y la única á que deben subordinarse los derechos y esperanzas nacidos de un testamento, según doctrina consignada por este Tribunal Supremo en sentencias de 16 de Junio de 1855 y 30 de Mayo de 1863; que las palabras del testador deben entenderse llanamente y como suenan con arreglo á la ley 5ª, título 33, Partida 7ª, y doctrina constante de este Tribunal en multitud de sentencias; que el que ha estado y está siempre dispuesto á entregar las mandas en la forma dispuesta por la testadora, ni infringe su voluntad, ni ha podido incurrir en mora, y por lo tanto no tiene obligación de indemnizar daños ó menoscabos, según doctrina del mismo Tribunal en sentencia de 29 de Abril de 1868:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas pretensiones; y recibido el pleito á prueba y practicadas las propuestas por aquéllas, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 7 de Marzo de 1882, que fué revocada por la que en 30 de Junio siguiente pronunció la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito declarando que D. Domingo Ortiz de Zárate, como legatario del tercio de los bienes de su difunta esposa Doña Rosa Azcúnaga venía obligado á entregar á D. Salustiano y á D. Teodoro Azcúnaga las cantidades de 25.000 y 5.000 pesetas respectivamente, debiendo hacer pago de las mismas en el término de 15 días desde que cause ejecutoria esta sentencia, ya sea en metálico, valores, bienes inmuebles ó en lo que más le convenga al D. Domingo, siempre que resulten entregadas íntegras las expresadas cantidades, no en virtud de nueva tasación de los bienes en que consista dicho pago, sino teniendo en cuenta la valoración de los mismos hecha en la testamentaría de que se trata, con el abono además del interés correspondiente del 6 por 100 desde la contestación á la demanda, y sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que por parte D. Domingo Ortiz de Zárate y Sanda se interpuso recurso de casación, alegando hallarse comprendido en el caso 1° del art. 1692 de la ley de Enjuicamiento civil, por haberse infringido á su juicio:

1° La voluntad de la testadora que no puso á D. Domingo Ortiz de Zárate limitación alguna en cuya virtud debía eliminarse del pago de los legados la parte proporcional de créditos dudosos eliminada por la sentencia; y la doctrina de este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, y entre ellas la de 9 de Mayo de 1863, que la voluntad del testador es ley en la materia, por lo cual la sentencia que dispone algo contra la misma es contraria á aquel principio, al que deben subordinarse los derechos y esperanzas nacidos de un testamento:

2° La ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, y doctrina, de acuerdo con ella consignada por este mismo Tribunal en muchas sentencias, y entre ellas la de 10 de Octubre de 1854, 10 de Diciembre de 1864, 17 de Marzo de 1865 y 12 de Octubre de 1866, que las palabras del testador no deben interpretarse de manera que vayan más allá de lo que expresa la letra de las disposiciones, como lo hace la sentencia por la razón antes indicada:

3° El art. 8° de la ley de 14 de Marzo de 1856, y la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 24 de Setiembre de 1873, según la que el obligado al pago que no incurrió en mora por haber estado siempre dispuesto á hacer entrega de las cantidades que debía abonar como lo había estado el recurrente ha de ser absuelto del pago de los intereses, y sin embargo, se le condena á pagarlos desde la contestación á la demanda:

4° La doctrina constante de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 24 de Abril de 1867, 19 de Noviembre de 1869 y 1° de Julio de 1870, según la cual, si hasta que se fija por sentencia no resulta lo que debía pagar el demandado al demandante, no existe razón para considerarle deudor moroso é imponerle el pago de los intereses:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la voluntad de la testadora ni la ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, ni las doctrinas que se citen en los dos primeros motivos del recurso, porque al condenar al recurrente á que pague las 30.000 pesetas de los legados, en metálico, valores, bienes muebles, ó en lo que más le convenga, emplea las mismas palabras usadas por la testadora; y al prevenir que dicho pago se haga de modo que resulten entregadas íntegras las expresadas cantidades, con exclusión, por tanto, de los créditos dudosos, cumple también la voluntad de la misma testadora, la cual expresó con palabras claras que su marido percibiría el remanente del tercio, después de cubiertos los legados, por lo cual y por haberlos fijado en cantidad determinada, es evidente que quiso fuese real y positiva su entrega, y no lo sería si quedaran expuestos á la disminución que pueda resultar de los créditos dudosos, cuyo quebranto debe sufrir el legatario del tercio por serlo de parte alícuota del caudal:

Considerando que conforme á la voluntad de la testadora y á la naturaleza de los legados de que se trata, debió pagarlos el recurrente luego que recibió el tercio de los bienes de la herencia, del que habían de deducirse, constituyéndose en mora desde aquel día por ser líquida la cantidad, y no haber tenido razón derecha para dilatar el pago, co-

mo lo demuestra el resultado de este pleito, y por consiguiente la sentencia que le condena al pago de los intereses legales desde la contestación á la demanda no infringe la ley y doctrinas que haciendo supuesto de la cuestión se citan en los motivos 3° y 4°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Domingo Ortiz de Zárate y Sanda, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 1° de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

37

Recurso de casación (3 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE LEGÍTIMA.—No ha lugar al interpuesto por D. Ramón Rovira con D. Antonio Rovira (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que de las declaraciones de las leyes 32, *tít.* 28, De inofficioso testamento, *libro* 3° *del Código de Justiniano*, *Novela* 18, *en su capítulo* 3°; 5ª, *tít.* 2°, cuando legatorum vel fideicomisorum cedat *y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la integridad de las legítimas y sobre el tiempo en que ceden los legados puros, no se sigue que el heredero haya de abonar al recurrente su hermano los frutos ó réditos correspondientes á los años en que la madre de ambos usufructuó los bienes de la manera establecida por el marido y padre respectivamente, según la cual, por lo relativo á la condena de frutos, en la reclamacion de legítimas desde que éstas se deben por la muerte del padre son también aquéllos exigibles según la ley y jurisprudencia.*

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Santa Coloma de Farnés y en la Sala primera de la Audiencia de Barcelona por D. Ramón Rovira y Vilarrubia, Abogado, vecino de Gerona, con D. Antonio Rovira y Vilarrubia, propietario, vecino de Barcelona, sobre pago de legítima; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de D. Ramón Rovira por el Procurador D. Francisco Bartual, bajo la dirección del Doctor Don Francisco de Paula Lobo:

Resultando que en 17 de Mayo de 1847 falleció D. José Rovira y Rosell, bajo el testamento que en el día anterior había otorgado, por el que, y su cláusula 5ª, legó á cada uno de sus hijos é hijas que en el día de su muerte dejase nacidos ó póstumos la cantidad de 3.000 libras, equivalentes á 8.000 pesetas, á sus libres voluntades:

Resultando que en 7 de Abril de 1877, D. Ramón Rovira dedujo demanda, por la que pidió que se condenase en definitiva á D. Antonio Rovira, como heredero universal del común padre D. José Rovira, á que abonara en metálico ó en cuerpos hereditarios al demandante la porción legítima que le correspondía, que era la sétima de la cuarta parte de los bienes, con los frutos é intereses legales de la misma porción legítima, á contar desde el día de la defunción del padre testador mediante la oportuna valoración del caudal hereditario, apreciación del haber legitimario y abono en cuenta por el demandante de pagos que de ello le hayan hecho y sean imputables en dicha porción y las costas; para ello alegó que el demandante era hijo legítimo de D. José Rovira y Rosell, siendo sus hermanos D. Antonio, D. José, D. Joaquín,

Doña Consolación, D. Francisco y D. Narciso Rovira y Villarrubia; que su referido padre falleció en 17 de Mayo de 1847, siendo su heredero universal el demaudado D. Antonio Rovira, y que los bienes que dejó al morir su dicho padre tendrían un valor de 400.000 pesetas; que Don Antonio Rovira no le había satisfecho parte ó porción de legítima ni los intereses legales de la misma, á pesar de la conciliación intentada para ello; y por último, que su padre D. José Rovira hizo á cada uno de sus hijos, incluso al demandante, un legado puro de 8.000 pesetas, y para reclamarlo tenía pleito pendiente, con cuya manda tácitamente quedó instituído en el completo de la legítima que le correspondía en los bienes paternos, ó sea en el derecho de percibir el mayor valor de la misma sobre dicho legado, cuyo mayor valor, sin perjuicio de tal manda, reclamaba en este juicio á una con los frutos é intereses legales de dicha legítima; y como fundamentos de derecho expuso: que la ley defiere á los descendientes llamados á la sucesión del testador la cuarta parte de sus bienes repartida entre los mismos por las reglas del intestado; que el testador está obligado á dejar la mencionada cuarta parte á los descendientes, pudiendo hacerlo por vía de institución, legado ó donación por causa de muerte, y se entenderá habérsela dejado aunque le señale una cosa ó cantidad de menos valor, en cuyo caso tienen derecho al completo de lo que les corresponde: que desde la muerte del padre acreditan los legitimarios los frutos de la porción legítima; que el heredero puede pagar en dinero, estimando el valor de los bienes ó en bienes inmuebles, y que para la valoración de la cuarta legitimaria sirve el juicio personal que prefería, sin renunciar los demás medios de prueba:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Antonio Rovira, la contestó pidiendo se le absolviese de ella con imposición de las costas al actor, y perpetuo silencio acerca de lo que era objeto de la demanda, y expuso que D. José Rovira, padre del actor, en su testamento otorgado en 16 de Mayo de 1847, legó á cada uno de sus hijos 3.000 libras catalanas, y que en el propio testamento dispuso que mientras su esposa Doña Mercedes Rovira y Vilarrubia se mantuviese viuda, fuese usufructuaria de su universal heredad y bienes sin obligación de dar cuentas á persona alguna; pero con la condición de pagar los males y cargas del matrimonio y alimentar en su casa y compañía á la familia del matrimonio; que el actor tenía pleito pendiente en reclamación de las 3.000 libras del legado paterno; que él tenía reconocido en su demanda que mediante este legado queda instituído en el completo de su legítima, y en la apoca otorgada en 29 de Marzo de 1851 reconocía que las 3.000 libras referidas le fueron dejadas y legadas por sus derechos de legítima paterna, suplemento de ella y demás pertenecientes á la herencia del común padre; que Doña Mercedes Vilarrubia, madre del demandante y del demandado, disfrutó el usufructo desde el 17 de Mayo de 1847, en que falleció D. José Rovira, hasta el 3 de Febrero de 1863 en que murió testando en 13 de Julio de 1861, y nombrando por herederos á todos sus hijos por iguales partes, habiendo correspondido á cada coheredero la cantidad de 2.212 reales 81 céntimos que hizo efectivos el demandado; que el valor del patrimonio de D. José Rovira con relación al día de su fallecimiento no era superior á 84.000 libras, equivalentes á 224.000 pesetas; que la cuarta legítima que la ley defiere á los descendientes puede dejarse por vía de institución, legado ó donación por causa de muerte, entendiéndose

cumplido el objeto de la ley sea cualquiera la forma ó manera en que resulte verificado en señalamiento; que dejado por vía de legado no pueden los hijos reclamar éste independientemente además de la legítima, sino que han de limitarse ó á lo uno ó a lo otro; que el hijo que pide en juicio sus derechos legitimarios paternos en la cuantía señalada por el padre en testamento se entiende que se conforma con dicho señalamiento y no puede venir después á reclamar, haciendo abstracción de él los indicados derechos que entre las cargas y gravámenes que corren de cuenta del usufructuario de una herencia figuran los frutos ó intereses de la porción legítima de los hijos en bienes integrantes á aquella; que la obligación contraída por una persona sólo es exigible al obligado ó á sus herederos, y en la proporción respecto de éstos de lo parte de la herencia en que hubiesen sucedido; que entre las excepciones que pueden proponerse en juicio figura la de litis pendencia, en virtud de la que no podrá prosperar la segunda demauda sobre lo mismo que es objeto de la primera:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes insistiendo en sus respectivas pretensiones, se recibió el pleito á prueba, practicándose las propuestas por aquellas, se unió á los autos la ejecutoria de 11 de Octubre de 1869 recaída en el pleito sobre pago de un legado y liquidación de herencia seguido por el Presbítero D. Joaquín Rovira contra D. Antonio Rovira, por la cual se confirmó por la Superioridad la sentencia apelada, por la que se condenó al D. Antonio á que pagase dentro de 10 dias al D. Joaquín la cantidad de 3.200 escudos, con los intereses legales á razón del 3 por 100 desde 17 de Mayo de 1847, en que falleció el padre común D. José Rovira hasta el 14 de Mayo de 1856, y á razón del 6 por 100 desde esta fecha hasta el día en que se efectuase el pago, reservándose por dicha ejecutoria al D. Antonio Rovira el derecho de reclamar de su hermano D. Joaquín la parte en que se haya contribuído para la fundación de patrimonio eclesiástico y de los herederos de su madre Doña Mercedes Vilarrubia los intereses de los 3.200 escudos por el tiempo que ésta usufructuó los bienes del padre, que podría utilizar en otro juicio:

Resultando que en escrito presentado por el demandante y demandado consignaron que el valor del patrimonio del común padre D. José, Rovira en el día de su fallecimiento era en la cantidad de 325.570 pesetas, con más las 6.000 pesetas entregadas por el padre en vida al hijo y hermano respectivo D. José, y que las cargas ó gravámenes á que estaba afecto dicho patrimonio importaban 26.928 pesetas 31 céntimos:

Resultando que dictada sentencia por el Juez de primera instancia é interpuesta apelación por ambas partes, sustanciada la alzada la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 12 de Mayo de 1882 revocando la apelada, fijó en la cantidad de 10.880 pesetas 6 céntimos la porción legítima correspondiente al demandante D. Ramón Rovira de los bienes de su difunto padre, declarando imputable á cuenta de la misma el legado de 8.000 pesetas que le hizo en su testamento; y en su consecuencia condenó al demandado D. Antonio Rovira á satisfacer dentro del término de la ley, á dicho D Ramón Rovira en dinero ó en bienes inmuebles hereditarios á elección del mismo D. Antonio, señalados en su caso los bienes por el Juez si hubiese discordia; la restante cantidad de 2.880 pesetas 6 céntimos con los frutos percibidos y podidos percibir ó los intereses legales á razón del 6 por 100 según se haga el pago en bienes ó en dinero, á contar dichos fru-

tos ó intereses desde el día 3 de Febrero de 1863, en que ocurrió el fallecimiento de Doña María de las Mercedes Vilarrubia, viuda de D. José Rovira y Rosell; debiendo el actor D. Ramón Rovira abonar en cuenta lo que además del legado de 8.000 pesetas haya recibido del demandado por razón de dicha porción legítima paterna:

Resultando que D. Ramón Rovira interpuso recurso de casación, por haberse en su concepto infringido:

1º La ley 32, tít. 28, *De inofficioso testamento*, libro 3º del Código de Justiniano, según la cual, si por cualquiera disposiciones ó dilaciones que causen demora ó gravamen se perjudican en sus porciones legítimas los que tiene derecho á ellas, deberá procederse como si no existiesen tales disposiciones; por cuanto la sentencia, no condenando al heredero D. Antonio Rovira á pagar al legitimario D. Ramón Rovira los intereses de la porción legítima correspondientes al tiempo que fué usufructuaria universal la madre común viuda de D. José Rovira y Rosell, procedía como si hubiera podido disminuirse ó gravarse con el usufructo la legítima del D. Ramón, reduciéndola durante muchos años á la nuda propiedad de los bienes en que consistía:

2º La Novela 18, en su cap. 3º, según la cual á nadie que tenga hijos le está permitido dejar á éstos la nuda propiedad, legando el usufructo á la viuda, sino que está obligado á dejar á los hijos, lo mismo que la propiedad, también el usufructo de la legítima que le corresponde; por cuanto la sentencia, condenando al heredero D. Antonio Rovira á entregar los frutos ó pagar solamente los intereses desde el día 3 de Febrero de 1863 en que falleció Doña Mercedes Vilarrubia, usufructuaria, y no desde el 17 de Mayo de 1847 en que falleció D. José Rovira y Rosell, marido y padre respectivo, priva á su hijo D. Ramón Rovira y Vilarrubia del usufructo de su porción legítima durante los 15 años y medio largos que mediaron desde el fallecimiento del D. José y el de Doña Mercedes:

3º La sentencia de este Tribunal Supremo de 1º de Diciembre de 1863, dictada en pleito sobre reclamación de legítima, seguido en la Audiencia de Barcelona, y la jurisprudencia por dicha sentencia reconocida, según la cual por lo relativo á la condena de frutos en la reclamación de legítimas desde que éstas se deben por la muerte del padre son también aquéllos exigibles según la ley y jurisprudencia, no condenando á D. Antonio Rovira y Vilarrubia, heredero de su padre Don José Rovira y Rosell, á entregar al hijo legitimario D. Ramón Rovira y Vilarrubia los frutos ó pagarle los intereses de su legítima, á contar desde que falleció su padre el testador D. José, supone que no eran exigibles los frutos ó intereses desde que por muerte de éste se le debió al D. Ramón su legítima, sino tan solo 15 años y medio después por muerte de la usufructuaria Doña Mercedes:

4º La sentencia de este Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1881, y el consiguiente fallo con que en el pleito entre el recurrido y otros dos hermanos suyos, y del recurrente sobre la misma cuestión actual, condenó este Tribunal Supremo al mismo D. Antonio Rovira y Vilarrubia, como heredero de su padre D. José, á pagar á cada uno de los demandantes el importe del legado y lo demás que en su caso les correspondiese por suplemento de su legítima paterna, pagándoles también los intereses legales de las cantidades debidas y no satisfechas desde el día siguiente al 17 de Mayo de 1847, en que falleció el testador, reservando á D. Antonio Rovira su derecho para que pueda reclamar de los he-

rederos de su madre Doña Mercedes Vilarrubia los intereses que ésta debió satisfacer como usufructuaria del caudal, por cuanto la sentencia recurrida, expresando dictarse, «vista la dicha sentencia de este Tribunal Supremo,» acepta ésta en parte pero no en todo, y limita la condenación del heredero D. Antonio al pago de intereses solamente desde el día 3 de Febrero de 1863, en que falleció la usufructuaria Doña Mercedes:

5° La ley 5ª, tít. 2°, cuando dice *legatorum vel fideicomissarum cedat*, lib. 36 del Digesto, en que se dispone que el legado, siendo puro, cede desde la muerte del tessador, y que lo mismo que pasa con el legatario se entienda con el heredero, de donde se deriva y á que es conforme la ley 4ª, tít. 14, Partida 6ª, que dice: «Entregando el Juez de la herencia del finado a aquel que oviese derecho de la aver debele otrosi mandar entregar de los frutos de ella;» y la jurisprudencia contenida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 1° de Marzo de 1875 y otras, en que se hace responsable á quien debió entregar la legítima de los perjuicios ocasionados por no haberla entregado á su debido tiempo, y se declara procedente por ello el abono de intereses; por cuanto la sentencia recurrida supone que la legítima de D. Ramón Rovira no cedió ni era debida desde la muerte de su padre, ocurrida en 17 de Mayo de 1847, y no condenando al heredero D. Antonio Rovira á pagar los intereses desde entonces, desconoce que es responsable por no haber entregado la legítima á su debido tiempo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Diaz de Rueda:

Considerando que no son aplicables y no han podido infringirse las leyes y doctrinas invocadas en los motivos 1ª, 2°, 3° y 5°, porque de sus declaradiones sobre la integridad de las legítimas y sobre el tiempo en que ceden los legados puros, no se sigue que D. Antonio Rovira haya de abonar al recurente su hermano los frutos ó réditos correspondientes á los años transcurridos desde el año 47 al 63, en que se reconoce que la madre de ambos usufructuó los bienes de la manera establecida por el marido y padre respectivamente:

Considerando que tampoco puede fundarse infracción alguna en lo juzgado el 27 de Junio de 1881 sobre la cuestión habida entre el mismo D. Antonio Rovira y otros dos hermanos, porque entonces no fué objeto de casación el punto relativo á dichos frutos ó réditos, acerca de los cuales, por consiguiente, no se alteró lo resuelto por la Audiencia, y así es que no pueden citarse para la casación las dos sentencias dictadas por este Supremo Tribunal:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Ramón Rovira, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 3 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 12 de Agosto del mismo año.)

38

Recurso de casación (3 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —Mejor derecho al cobro de unas cantidades.—No ha lugar al interpuesto por D. Bernardo Cerezo con D. Vicente Ceballos (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

1° *Que según la ley* 34, *tít.* 13 *de la Partida* 5ª, *se subroga en los*

derechos del primer hipotecario el extraño que le satisface su crédito con la condición de que se los otorgue:

2º Que al disponer en su última parte el art. 153 de la ley Hipotecaria, que cuando la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación ó con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro, no dice que valga para tales efectos la trasmisión de aquellas obligaciones sin llenarse la formalidad del endoso, que es esencial y característico requisito de la misma;

Y 3º Que si el tercerista no ha adquirido sobre la finca objeto de la tercería los derechos de acreedor hipotecario, no puede por consiguiente alegar preferencia respecto al acreedor que tiene hipoteca sobre parte de la propia finca, ni invocar útilmente que éste resulte enriquecido en su perjuicio; no teniendo por lo tanto aplicación al caso las leyes 27 y 31, tít. 13, Partida 5ª y el principio de derecho consignado en la regla 17, tít. 34, Partida 7ª que prohibe que nadie se enriquezca en perjuicio de tercero.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Izquierda de Córdoba y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D Bernardo Cerezo y Gutiérrez, vecino de Villa del Río, propietario, con D. Vicente Ceballos y Arroyo, vecino de Córdoba, Doctor en Medicina y Cirugía, y D. Francisco Hidalgo sobre mejor derecho al cobro de ciertas cantidades: autos que penden ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de D. Bernardo Cerezo por el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Licenciado D. Estanislao Figueras, sostenido después por el Licenciado D. Enrique Roger, habiendo representado y defendido á D. Vicente Ceballos el Procurador D. Pedro Manguet y el Licenciado D. Cipriano Garijo:

Resultando que por escritura otorgada en 23 de Diciembre de 1865 D. Francisco Cano Garijo compró del Estado, como procedente de bienes de Beneficencia, la hacienda nombrada de San Antonio, término de Bujalance, compuesta de varias suertes de olivar, molino y casa en 300.000 rs., que debía pagar en nueve años y 10 plazos de 30.000 reales cada uno, debiendo verificar el último el 6 de Febrero de 1874; quedando la finca hipotecada á la seguridad de estos pagos:

Resultando que en 8 de Octubre de 1866 D. Francisco Cano Garijo vendió á Doña Carmen Esquinaldo y Maqueda la suerte de olivar nombrada Palancar, una de las que componían la hacienda de San Antonio en 70.000 rs., de los que tenía entregados 14.000, y los 56.000 restantes se obligó á pagarlos en ocho plazos de á 7.000 rs. cada uno, que debía satisfacer el día 5 de Febrero de los años 1867 hasta el 1874, debiendo entregar esta suma á D. Francisco Cano Garijo, consintiendo en que entre tanto que se ejecutasen los pagos quedase hipotecado en favor del Estado el pedazo de olivar; de esta escritura se tomó razón en el Registro de la propiedad, y en 8 de Mayo de 1874 se anotó en el Registro la escritura carta de pago dada por D. Francisco Cano Garijo á favor de Doña María del Carmen Esquinaldo, por la que confesó haber recibido en metálico 56.000 rs. aplazados para el olivar del Palancar:

Resultando que D. Francisco Cano Garijo, en 25 de Abril de 1870,

otorgó á favor de D. Bernardo Cerezo escritura confesando deberle 161.280 rs; hipotecándole el molino, caserío y varias suertes que conservaba de la hacienda San Antonio y otras fincas, y como á sus vencimientos no pagase este crédito procedió ejecutivamente contra él para su cobro; que siguiéndose esta ejecución en razón á que Cano Garijo no había satisfecho los dos últimos plazos de la hacienda de San Antonio, la Administración económica declaró en quiebra esta finca y anunció su venta para el 13 de Setiembre de 1878; y en este estado D. Bernardo Cerezo solicitó y obtuvo del Juzgado, donde seguía la ejecución, que se oficiara á la Administración económica para que se le admitiera el pago de lo que se adeudaba y por los dos últimos plazos de la hacienda de San Antonio, subrogándose el Cerezo en el lugar de la hacienda para repetir contra los demás partícipes de suertes de la misma finca por las cantidades que iba á satisfacer, cuyo pago verificó ascendiendo el importe de los dos plazos á 38.706 rs. y 92 céntimos por demora, prorrata de ventas y gastos de aprecio y expediente:

Resultando que en 28 de Setiembre de 1874 se otorgó escritura, por la que Doña María del Carmen Esquinaldo y Maqueda, por medio de su hijo D. Enrique de Hidalgo y Esquinaldo, como su apoderado, se constituyó real y verdadera deudora de D. Vicente Ceballos Arroyo por la suma de 6.500 pesetas, que recibió en el acto, obligándose á su devolución en el término de dos años, contados desde dicho día, y con el rédito convenido de 12 por 100, y en garantía de los 26.000 reales de principal, 6.240 de réditos de los dos años y 6.000 que se fijaron para costas, constituyó hipoteca voluntaria sobre una suerte de olivar nombrada el Palancar, pago de Monte Real, término de Bujalance, que adquirió la Doña Carmen de D. Francisco Cano Garijo por escritura de 8 de Octubre de 1866, y se hallaba libre de gravámenes; de dicha escritura se tomó razón en el Registro de la propiedad de Bujalance en 9 de Enero de 1875:

Resultando que por no haber devuelto dicho préstamo la Doña Carmen Esquinaldo, ni después que ésta falleció sus únicos hijos y herederos, en 31 de Octubre de 1879 D. Vicente Ceballos dedujo demanda ejecutiva; que despachada la ejecución requiriéndose al pago sólo al D. Francisco Hidalgo Esquinaldo por haber fallecido el D. Enrique, como no se verificase se causó embargo en la citada suerte de olivar, nombrado el Palancar; que seguido el juicio en 5 de Enero de 1880 se dictó sentencia de remate mandando seguir la ejecución adelante y hacer trance y remate de los bienes embargados; que ejecutoriada la sentencia y apreciada la finca embargada, tuvo lugar la subasta quedando el remate á favor de D. Bernardo Cerezo y Gutierrez por la suma de 30.000 reales, que consignó en la Caja de Depósitos:

Resultando que en 5 de Marzo de 1880 D. Bernardo Cerezo y Gutiérrez dedujo demanda pretendiendo que se declarase tenía mejor y preferente derecho que D. Vicente Ceballos para cobrar del precio en renta del olivar el Palancar los 23.030 reales que le adeudaba D. Francisco Hidalgo y Esquinaldo, por el pago hecho en la Administración económica para dejar sin efecto la declaración de quiebra y nueva subasta de la posesión de San Antonio, y se mandara pagar, ante todo, aquella cantidad al Cerezo, con expresa condenación de costas al ejecutante ó ejecutado que se opusiera á esta reclamación, y al efecto expuso, haciendo mérito de los antecedentes relacionados, que D. Francisco Cano Garijo compró al Estado á plazos la posesión de San Antonio, con

todos los olivares que tenía agregados, por una sola cantidad, que no se dividió, encontrándose entre los olivares que componían dicha posesión el nombrado Palancar; que la Administración económica de la provincia, por falta de pago del noveno y décimo plazo, declaró en quiebra la venta de la finca, con todos los olivares que la componían, inclusa el Palancar, y anunció en venta nuevamente en el *Boletín oficial*; que Cerezo Gutiérrez, no pudiendo conseguir un acuerdo entre los partícipes de San Antonio para pagar á la Hacienda pública todo lo que le adeudaba Cano por la compra por no perder su hipoteca, con orden judicial y subrogándose en los derechos de la Hacienda pública, pagó en la Administración económica cuanto adeudaba Cano por la adquisición de San Antonio, importando todo lo que satisfizo por este concepto la cantidad de 98.706 reales 92 céntimos, de los que correspondían al Palancar 23.030 reales, por lo cual el Jefe económico dejó sin efecto la declaración de quiebra y la nueva venta anunciada de la posesión de San Antonio con todos los olivares que la componían; que D. Francisco Cano Garijo en la ejecución seguida contra sus bienes por D. Bernardo Cerezo ha resultado insolvente, sin que después de adjudicados el molino, caserío y algunos olivares que le restaban de San Antonio hubiera podido pagar á Cerezo á quien todavía adeudaba bastante cantidad; que D. Francisco Hidalgo y Esquinaldo, por muerte de su madre y hermano D. Enrique, había quedado dueño del olivar nombrado el Palancar; que por no haber pagado Doña Carmen Esquinaldo ni sus hijos la cantidad que recibieran á préstamo de D. Vicente Ceballos, había entablado éste el juicio ejecutivo que seguía contra el D. Francisco Hidalgo, y especialmente contra la suerte del olivar el Palancar, cuyo procedimiento estaba en la vía de apremio; que D. Bernardo Cerezo y Gutiérrez tenía mejor y preferente derecho que D. Vicente Ceballos para cobrarse con el producto en venta del Palancar ó con esta misma finca de los 23.030 reales que pagó en la Administración económica en prorrata de esta suerte de olivar para que, con las demás que componían la posesión de San Antonio, no se subastara nuevamente la repetida posesión por la falta de pago de los últimos plazos que había dejado de hacer D. Francisco Cano; que por la insolvencia de éste y por los pagos hechos á la Hacienda, el Cerezo había quedado subrogado en todos los derechos de ésta, estando hipotecadas especialmente para su reintegro todas las suertes de olivar que componían la posesión de San Antonio.

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Vicente Ceballos y D. Francisco Hidalgo y Esquinaldo, le evacuó el primero pidiendo se le absolviera de ella con imposición al actor de perpetuo silencio y las costas, alegando al efecto que D. Vicente Ceballos y Arroyo dió á préstamo á Doña María del Carmen Esquinaldo la cantidad de 26.000 rs, por escritura pública, en la cual se estableció como hipoteca expresa para el pago del capital, réditos, costas, etc., una suerte ó pedazo de olivar, nombrado el Palancar, término de Bujalance; que esa obligación se inscribió oportunamente en el Registro de la propiepad de aquel partido; que por falta del pago del capital é intereses Ceballos entabló juicio ejecutivo contra el deudor en 31 de Octubre de 1879, que según el título hipotecario que adquirió Ceballos por el préstamo, le asistía un derecho real sobre la suerte del Palancar expedito y perfecto; que á la Hacienda, único acreedor preferente que sobre sus derechos en esas fincas pudiera anteponer, se le tenía satisfechos en completo sus descubiertos; que nuestras leyes no autorizan que fueran

trasmisibles por gestión oficiosa los derechos preferentes y privativos del Estado; que el Cerezo al pagar á la Hacienda los plazos adeudados por D. Francisco Cano Garijo, tendría derecho á reclamar de éste su importe; pero en ningún caso preferencia sobre derechos reales legalmente constituídos:

Resultando que emplazado en persona el demandado D. Francisco Hidalgo, y no habiéndose personado se tuvo por contestada la demanda respecto al mismo y se le declaró rebelde, entendiéndose en lo sucesivo las diligencias con los estrados del Juzgado:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones, y practicadas las pruebas propuestas por las mismas, el Juez de primera instancia por sentencia de 25 de Abril de 1881 declaró que D. Bernardo Cerezo y Gutiérrez no tenía derecho á cobrar del valor de la suerte del Palancar con preferencia á D. Vicente Ceballos los 23.030 rs que reclamaba, y mandó que del valor de la expresada finca, que se halla consignada, se pague en primer término al D. Vicente Ceballos el crédito hipotecario que tenía reclamado, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia con las costas por la que la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla pronunció en 2 de Junio de 1882, por parte de D. Bernardo Cerezo y Gutiérrez se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º La ley 34, tít. 13, Partida 5ª, que declara subrrogado en los derechos del primer acreedor hipotecario al tercer interesado que le satisface su crédito, en el concepto y con la expresión de obtener sus derechos, en cuanto la sentencia recurrida niega á D. Bernardo Cerezo el beneficio de aquella subrogación, sin embargo de constar en autos que pagó á la Hacienda por D. Francisco Cano Garijo, bajo la condición de que aquella le cedería sus derechos de hipoteca sobre la finca llamada de San Antonio, que estaba obligada por los créditos que saldó dicho D. Bernardo Cerezo:

2º El art. 153 de la ley Hipotecaria vigente, que declara transmisibles las hipotecas constituídas en garantía de obligaciones transferibles por endoso, por medio de la entrega de los títulos en que aquéllas se consignan, sin más formalidad, y el fallo recurrido niega que haya podido transmitirse á favor de D. Bernardo Cerezo la hipoteca que el Estado tenía sobre la hacienda de San Antonio, no obstante de haberle sido entregados los dos pagarés en que constaban la obligación y la hipoteca:

3º Las leyes 27 y 31 de los citados título y Partida, que determinan la preferencia entre varios acreedores hipotecarios por el orden de las fechas de sus respectivos títulos, y el art. 26 de la referida ley Hipotecaria que la establece por orden de presentación en el Registro, en el concepto de que la sentencia recurrida niega esta preferencia al crédito de D. Bernardo Cerezo como subrogado en el lugar y derecho del Estado, á pesar de ser la hipoteca muy anterior á la de D. Vicente Ceballos sobre la suerte de tierra llamada el Palancar, para hacerse cobro con el precio de la venta de la misma:

4º El principio de derecho consignado en la regla 17, tít. 34, Partida 7ª, que prohibe que nadie se enriquezca en perjuicio de tercero, por cuanto el fallo recurrido autoriza que se mejore la fortuna de Don Vicente Ceballos en la cantidad de 23.030 rs. en perjuicio de D. Bernardo Cerezo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que la sentencia no infringe la ley 34, tít. 13 de la Partida 5ª que se cita en el primer motivo, según la cual se subroga en los derechos del primer hipotecario el extraño que le satisface su crédito con la condición de que se les otorge; toda vez que no aparece en el pleito que el Estado haya convenido con el recurrente en transmitir ni que le haya de ningún modo transmitido el crédito hipotecario que tenía sobre la finca San Antonio; pues si bien dicho recurrente satisfizo el importe de los dos pagarés que adeudaba el comprador de la finca para que la Hacienda pública le cediera todos sus derechos, ésta se limitó á entregarle los expresados pagarés con objeto de que justificara haberlos satisfecho á nombre del deudor, á anular los anuncios de la subasta en quiebra y ofrecer la expedición del certificado de solvencia, luego que se le pidiera, para poder cancelar la obligación hipotecaria constituída por el comprador:

Considerando que al disponer en su última parte el art. 153 de la ley Hipotecaria, que cuando la hipoteca se ha constituído para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación ó con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro, no dice, como supone el recurrente, que valga para tales efectos la transmisión de aquellas obligaciones sin llenarse la formalidad del endoso, que es esencial característico requisito de las mismas; y por ello la sentencia que no da eficacia para la transmisión del derecho hipotecario de que se trata á la mera entrega de los repetidos pagarés, hecha al recurrente por la Hacienda pública, no se infringe el referido precepto invocado en el segundo motivo:

Considerando que, como queda expuesto, el recurrente no ha adquirido sobre la mencionada finca los derechos de acreedor hipotecario en subrogación del Estado, ni puede por consiguiente alegar preferencia respecto al acreedor que tiene hipoteca sobre parte de la propia finca, ni invocar útilmente que éste resulte enriquecido en su perjuicio; no teniendo por lo tanto aplicación al caso de autos las leyes y regla de derecho que en el supuesto de haber sido infringidas en la sentencia recurrida, se citan en los motivos 3º y 4º del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Bernardo Cerezo y Gutiérrez, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Sevilla, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 3 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 13 de Agosto del mismo año.)

39

Competencia (3 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE HONORARIOS.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Madrid la suscitada con el de igual clase de Villacarriedo sobre conocimiento de la demanda entablada por D. José Alonso contra D. Joaquín Diego Abascal, y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en el art. 62, caso 1º, de la ley de

Enjuiciamiento civil, en los casos en que se ejercitan acciones personales es competente en primer lugar el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación:

En la villa y Corte de Madrid, á 3 de Febrero de 1883, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juzgado de primera instancia de Villacarriedo al de igual clase del distrito del Hospital de esta Corte sobre conocimiento de una demanda deducida por D. José Alonso Morales de Setién, Abogado, vecino de esta Corte, que ha comparecido en este Supremo Tribunal, representado por el Procurador D. Manuel Martín Veña, y defendido por el Licenciado D. León Medina, contra D. Joaquín Diego Abascal, Médico Cirujano, vecino de Villacarriedo, como curador *ad litem* de D. Jesús Lecanda, sobre pago de honorarios:

Resultando que en 1° de Setiembre último D. José Alonso y Morales de Setién dedujo en esta Corte demanda civil ordinaria contra D. José Joaquín Diego Abascal, como curador del menor Jesús Lecanda, en reclamación de 4.293 pesetas, en concepto de honorarios, devengados como Letrado y gastos suplidos en la dirección de la testamentaría de D. Eustaquio Luengo y Lecanda, que le fué confiada por dicho menor, heredero de la mitad de los bienes:

Resultando que citado y emplazado en virtud de tal demanda, Don Joaquín Diego Abascal, en la representación indicada, por medio de exhorto que al efecto se libró al Juzgado de primera instancia de Villacarriedo, dedujo ante éste la inhibitoria de jurisdicción, fundada en que en la hipótesis, que no admitía, de que el menor debiera al demandante alguna cantidad, no se había estipulado el lugar en que esa obligación de pago debiera cumplirse; y tratándose del ejercicio de una acción personal, sólo era competente para conocer de la demanda, con arreglo al art. 62 de la ley de Enjniciamiento, el Juez del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Resultando que el Juez de Villacarriedo, después de haber oído al Promotor fiscal, dictó auto en 19 de Octubre mandando requerir de inhibición al del Hospital de está Corte; y que éste, convicto de lo manifestado por el demandante y por el Promotor fiscal, en oposición á la inhibitoria propuesta, dictó á su vez auto en 4 de Noviembre declarando que no había lugar á la inhibición solicitada y mandando dirigir al de Villacarriedo el oficio correspondiente por considerar que en Madrid fué donde se interesaron al demandante D. José Alonso los servicios prestados á instancia de los curadores de D. Jesús Lecanda y en el mismo punto era donde debían serle retribuídos:

Resultando que el Juez de Villacarriedo insistió en la inhibición, y en su virtud remitieron ambos sus respectivas diligencias con los debidos emplazamientos; y recibidas en este Supremo Tribunal, se sustanció la competencia en debida forma:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín María López é Ibañez:

Considerando que con arreglo á lo dispuesto en el art. 62, caso 1° de la ley de Enjuiciamiento civil, en los casos en que se ejercitan acciones personales es competente en primer lugar el Juez del lugar en que debe cumplirse la obligación:

Considerando que la obligación contraída por el Abogado D. José Alonso Morales de Setién al aceptar la dirección de la testamentaría de

D. Eustaquio Luengo, que le confirió el menor D. Jesús Lacanda, no podía llevarla á cabo sino en esta Corte, de donde es vecino y en la que ejerce su profesión:

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta demanda corresponde al Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta Corte, al que se remitan las actuaciones: póngase esta resolución en conocimiento del de igual clase de Villacarrledo; siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas.—(Sentencia publicada el 3 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 1° de Marzo del mismo año.)

40

Recurso de casación (5 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—RETRACTO.—Ha lugar al interpuesto por D. Celestino de Flores con Don Antonio Angel Moreno (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que la ley 9ª, tít.* 13, *libro 1° de la Novísima Recopilación, y la* 55, *tít.* 5° *de la Partida 5ª, á que aquélla se refiere, conceden al condueño de una heredad que pertenece á varios* comunalmente de 10 uno *ó proindiviso el derecho de retraer por el tanto la parte de la cosa que los condueños vendan á un extraño, siempre que se intente el retracto en el plazo y con los demás requisitos que exigen dichas leyes, determinados hoy en la de Enjuiciamiento civil;*

2° *Que ni el ejercicio de ese derecho, ni el condominio que le sirve de base y fundamento, están subordinados á la inscripción del título en el Registro de la propiedad; porque aquél, ó sea el derecho á retraer, nace inmediata y directamente de la ley que lo concede por razones de utilidad pública, y la Hipotecaria no exige la inscripción de tal derecho, ni hace innovación alguna que afecte á las relaciones jurídicas establecidas por las leyes antes citadas entre el vendedor, el comprador y el retrayente de la finca común, según se consigna en la exposición de los motivos de la misma ley, y se deduce de sus disposiciones, y porque tampoco es necesaria la inscripción para adquirir el dominio de los inmuebles, pues la establece y la exige la ley para otros fines;*

Y 3° *Que para poder ser reputado como tercero, según la ley Hipotecaria, es necesario oponer un título anteriormente inscrito.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Celestino de Flores y Alcántara, y en su nombre el Procurador D. Joaquín Díaz Pérez, bajo la dirección del Licenciado Don Hermenegildo María Ruiz, con D. Antonio Angel Moreno y Sánchez, representado por el Procurador D. Luis Lumbreras, dirigido por el Licenciado D. Manuel Silvela, sobre retracto:

Resultando que por escritura otorgada en esta corte á 17 de Octubre de 1880, D. Tomás Salinas de las Heras, vecino de la villa de Tórtola, de la provincia de Guadalajara, vendió á D. Celestino Flores, en precio de 450 pesetas, la octava parte de una tierra, sita en el término de dicha villa, paraje denominado Cadurque, de 50 fanegas de cabida, que le correspondía proindiviso en unión de sus convecinos D. Diego y Don Julián Nuño, D. Manuel Domínguez, D. Lino Estúñiga, D. Baltasar Alvarez, D. Tomás Martínez y D. Matías Camarena, escritura que fué pre-

sentada en 19 de Marzo del siguiente año 1881 en el Registro de la propiedad de Guadalajara para el efecto de liquidar los derechos de la Hacienda, que fueron satisfechos en 29 del mismo mes, y presentada al Registro á las once de la mañana del día 7 de Abril, fué inscrita en el siguiente día 8:

Resultando que los demás partícipes de dicha finca D. Manuel Domínguez Martínez, D. Tomás Martínez y Nieto, D. Baltasar Alvarez y Martín, y los causa habientes de los otros cuatro, vendieron por escritura otorgada en la villa de Tórtola á 25 de Marzo de 1881, á la testamentaría de Doña María de los Dolores Sánchez de Aragón, representada por su hijo D. Antonio Angel Moreno, en precio de 2.605 pesetas las siete octavas partes de una tierra de 50 fanegas, sita en los barrancos de Cadurque, término municipal de dicha villa, de que eran dueños en común ó proindiviso, ya respecto de sí, ya respecto del otro condómino D. Tomás Salinas; escritura que aceptó el mencionado D. Antonio Angel Moreno en la representación indicada pagando el precio:

Resultado que presentando D. Celestino de Flores testimonio en relación de la escritura de compra antes referida, por hallarse el original en el Registro de la propiedad, dedujo en 2 de Abril de 1881, como dueño de la octava parte de la finca mencionada, demanda de retracto contra el comprador de las otras siete octavas D. Antonio Angel Moreno, consignando el precio y cumpliendo los demás requisitos legales:

Resultando que D. Antonio Angel Moreno impugnó la demanda, alegando que Flores, con malicia, había dejado de presentar inmediatamente la escritura en el Registro de la propiedad para que los condueños no retrajesen la octava parte en el término legal, habiendo otorgado aquella en Madrid donde era difícil averiguarlo, no habiendo dado conocimiento de la adquisición al Ayuntamiento hasta el extremo de que en 28 de Junio de 1881 aun figuraba D. Tomás Salinas en el amillaramiento, y por ello los condueños, que eran muchos, no sospecharon la existencia de dicha venta, y dijeron en la escritura al Moreno al venderle las siete octavas partes que la otra pertenecía á D. Tomás Salinas; que por ello Flores, que no registró su escritura hasta el 8 de Abril, no tenía en 2 del mismo mes título que acreditase que era condueño, pues la escritura era inadmisible conforme al art. 396 de ley Hipotecaria, y á la sentencia de este Supremo Tribunal de 1° de Junio de 1868; y que estas disposiciones no las destruía el art. 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque no se refería al valor y eficacia del título, amparándose también en el art. 1620 de la misma y en la ley 5ª, tít. 22, Partida 3ª:

Resultando que suministrada prueba por las partes el Juez de primera instancia dictó sentencia, y que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte la revocó en 7 de Junio de 1882, declarando no haber lugar al retracto:

Resultando que D. Celestino Flores interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 9ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, que establece el derecho de retraer la parte vendida de alguna heredad poseída en común con otro, concediendo al comunero la facultad de sacarla por el tanto, siempre que consigne el precio en el término de nueve días, derecho de que privaba la sentencia al recurrente, á pesar de haber llenado las formalidades exigidas:

2° La ley 6ª, tít. 5°, Partida 5ª, según la cual, el contrato de compra

guiente la traslación del dominio, aun cuando no se otorgue escritura pública, á menos que los contratantes estipularan como condición precisa dicha formalidad, toda vez que la sentencia suponía que la traslación del dominio después de la entrega de la cosa y del precio sólo existía cuando se había otorgado escritura pública y había sido inscrita en el Registro de la propiedad:

3º La doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 9 de Abril de 1866, 31 de Diciembre de 1869 y 25 de Noviembre de 1873, según que la cual, desde que el vendedor y el comprador prestan su consentimiento respecto de la cosa y el precio sin necesidad de otorgar escritura pública ni de inscribir el contrato en el Registro de la propiedad, quede perfeccionado, y luego que se verifica su consumación por la entrega recíproca, por la cosa y el precio se transfiere al comprador el pleno dominio y perfecto derecho en aquélla, pudiendo ejercitar las acciones que del mismo se derivan:

4º El art. 396 de la ley Hipotecaria reformada, por el cual se dispone que no se admitirá en los Juzgados y Tribunales ningún documento de que no se haya tomado razón en el Registro, cuando se trasmite por el mismo algún derecho sujeto á inscripción, si el objeto de la presentación fuese hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito; artículo al cual se atribuía una inteligencia equivocada; no pudiendo hallarse comprendido en él el caso actual, porque ni Flores trataba de hacer efectivo su derecho real, que nadie lo negaba en la octava parte de la tierra, ni Moreno tenía derecho alguno en la misma finca adquirida por Flores:

5º Los artículos 25 y 27 de la misma ley que disponen que los títulos inscritos no surtirán efecto en cuanto á tercero sino desde la fecha de la inscripción; entendiéndose como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito; pues la sentencia consideraba como tercero á todo el que no hubiera intervenido en el acto ó contrato de cuya inscripción se tratase, siendo así que era preciso además tener derecho en la finca, y Moreno ninguno tenía en la de que se trataba que pudiera ser perjudicado por la adquisición de Flores:

6º Los artículos 23, 26, 31, 34, 38, 127, 128, 129, 132, 133, 142, 144, 156, 351 y 352 de la ley Hipotecaria, que determinan con suficiente claridad que debe considerarse como tercero para gozar la protección de la ley el que tiene adquirido un derecho en la misma finca, sobre la cual haya contratado otra persona; y á D. Antonio Angel Moreno se le atribuía el carácter de tercero cuando no tenía derecho alguno en la finca comprada por Flores:

7º El art. 147 de la misma ley Hipotecaria, que con más claridad y en términos especiales determina lo que se entiende por tercero; toda vez que se daba este carácter á Moreno, habiendo debido llamársele extraño, como lo eran todos aquellos que carecían de interés en el inmueble cuyo dominio se transfería ó modificaba:

8º El art. 8º de la citada ley, según el cual se consideran fincas separadas las que se señalan en el Registro con números diferentes; pues la Sala sentenciadora había considerado que la finca del retrayente Flores y la del demandado Moreno constituían una sola por no estar divididas materialmente á pesar de tener números diferentes, atribuyendo de este modo á Moreno el derecho de intervenir en los contratos que se referían á la parte de Flores, como si se tratara de la parte perteneciente al mismo Moreno, lo cual no era así:

9º El art. 36 de la propia ley, según el cual y de acuerdo con el espíritu de toda ella, para que ciertas acciones no se den contra tercero es necesario que éste haya inscrito el título de su derecho; infracción que consistía en que la sentencia había hecho extensiva á Moreno la protección de la ley sin que éste hubiera cumplido con la formalidad de inscribir su título de adquisición de las siete octavas partes de la tierra, lo cual había verificado después que Flores, sin que esto fuera necesario para interponer la demanda de retracto, puesto que la ley de Enjuiciamiento no exigía semejante requisito, sino que sólo prescribía en su art. 1218 que se acompañase con la demanda alguna justificación, aun cuando no fuera cumplida, del título en que se fundaba el retracto; y

10. El art. 18 de la misma ley Hipotecaria, y los artículos 14, 15 y 16 del reglamento general para su ejecución, con arreglo á cuyas disposiciones el asiento de presentación es el que extiende cuando se presenta el título en el Registro para liquidar el impuesto final, en el caso de devengarlo, el acto ó contrato; y por consiguiente, debe retrotraerse la inscripción á la fecha de dicho asiento, sin que importe nada que el Registrador extienda con posterioridad un segundo asiento de presentación, porque esto era una oficiosidad de dicho funcionario:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la ley 9ª, tít. 13, libro 1º de la Novísima Recopilación, y la 55, tít. 5º de la Partida 5ª á que aquella se refiere, conceden al condueño de una heredad que pertenece á varios *comunalmente de 10 uno* ó proindiviso el derecho de retraer por el tanto la parte de la cosa que los condueños vendan á un extraño, siempre que se intente el retracto en el plazo y con los demás requisitos que exigen dichas leyes, determinados hoy en la de Enjuiciamiento civil:

Considerando que ni el ejercicio de ese derecho, ni el condominio que le sirve de base y fundamento, están subordinados á la inscripción del título en el Registro de la propiedad; porque aquel, ó sea el derecho á retraer, nace inmediata y directamente de la ley que lo concede por razones de utilidad pública, y la Hipotecaria no exige la inscripción de tal derecho, ni hace innovación alguna que afecte á las relaciones jurídicas establecidas por las leyes antes citadas entre el vendedor, el comprador y el retrayente de la finca común, según se consigna en la exposicion de los motivos de la misma ley, y se deduce de sus disposiciones, y porque tampoco es necesaria la inscripción para adquirir el dominio de los inmuebles, pues la establece y la exige la ley para otros fines:

Considerando además que, según la recta inteligencia de los artículos 23, 25 y 27 de dicha ley, para los efectos de la misma, el demandado D. Antonio Angel Moreno no puede ser considerado *como tercero* en el caso de este pleito, porque no alega ningún derecho real sobre la octava parte de la finca común, que pertenece al retrayente Flores, y aunque la tuviese, no opone al de este inscrito al interponerse la demanda, otro título que hubiese sido inscrito anteriormente, circunstancia que es indispensable para que pueda ser considerado como tercero en la acepción del art. 27, y disfrutar de los beneficios del 23, según tiene declarado este Tribunal Supremo; y porque habiendo sido la venta otorgada á su favor por los otros condueños de la finca el acto que ha motivado el retracto, le falta también para ser tercero en dicha venta produce todos los efectos propios de su naturaleza, y por consi-

acepción el requisito indispensable de no haber intervenido en el acto ó contrato que da lugar al perjuicio; por todo lo cual, y por la razón ya dicha de que el retracto de comuneros nace de la ley, no puede invocar el demandado el carácter de tercero como excepción á la demanda del recurrente:

Considerando que por las razones legales expuestas y por ser hechos reconocidos el dominio común del recurrente sobre la finca comprada por el demandado, y que aquél ha llenado todos los requisitos exigidos por la ley para intentar el retracto, es procedente la demanda de que se trata; y por no haberla estimado la sentencia recurrida, infringe la ley 9ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, é interpreta erróneamente los artículos 23, 25 y 27 de la ley Hipotecaria que se citan en los fundamentos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Celestino de Flores y Alcántara; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 7 de Julio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de esta corte.—(Sentencia publicada el 5 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 13 de Agosto del mismo año.)

41

Recurso de casación (5 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de pesetas.—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Antonio Salgado y otro con D. José María Civeira (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1° *Que si la demanda no ha sido objeto de impugnación en cuanto fija la cantidad principal y los réditos anuales sino en el concepto de que debe preceder una liquidación, fundada en la supuesta Sociedad existente entre demandante y demandado, la sentencia que ordena el pago de dicho principal é intereses no infringe el principio de equidad, regla de interpretación jurídica, que dice que todo documento y todo contrato debe entenderse derechamente á tenor de su sentido racional, no omitiendo cláusulas ni palabras ni dando á éstas otra significación y sentido que el que las era propio en el uso común del lenguaje, ni el principio legal de que nadie puede ser compelido á dar ó hacer más que aquello por que resulta obligado;*

Y 2° *Que tampoco infringe la ley* 7ª, *tít.* 18, *Partida* 3ª, *ni la doctrina que establece que el contrato de mandato no puede ser oneroso para el mandatario, y éste está obligado al finalizar el mandato á rendir cuentas al mandante, á la vez que éste queda obligado por todo aquello que se hizo, con arreglo á las bases del contrato, si la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas en uso de sus facultades, ha declarado que no existieron Sociedad ni negociaciones de ninguna especie entre demandante y demandado, sin que contra esa apreciación se haya expuesto infracción alguna.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguido en el Juzgado de primera instancia de Valdeorras y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D, José María Civeira Corral, en representación de Doña Juana Gianzo Pérez, y hoy ésta por sí, y en su nombre el Procurador D. Lucio Alvarez y Rodríguez, bajo la dirección del Licenciado D. Tomás María Mosquera, con D. Pedro

Antonio Salgado y Núñez y D. Ramón Alba y López, representados por el Procurador D. Angel Calvo, dirigido por el Licenciado D. Aureliano Linares Rivas, sobre pago de pesetas:

Resultando de las cartas que obran en los autos, dirigidas por Don Telesforo Alba á D. Félix Gianzo, desde 6 de Setiembre de 1860 á 18 de Agosto de 1864, que en poder de Alba obraban cantidades en dinero de la propiedad de Gianzo; que en 1861 le indicaba la conveniencia de comprar la fábrica nombrada *Mondín* que él no compraba por tener ya otra, pero no tenía inconveniente en entrar á la mitad si no quería quedarse con ella entera; que en 1862 se había hecho cargo de 30 onzas que habia enviado, las que serían colocadas de un modo seguro y absoluto, y que en 1864 le pedía le facilitase algún dinero que necesitaba hasta que principiara á funcionar la fábrica:

Resultando que por escritura de 20 de Octubre de 1860 D. Telesforo Alba compró á D. José Ignacio de Prada con pacto de retro en precio de 67.000 rs. la herrería de Fervenza, una huerta, un prado y dos sotos; escritura de que se tomó razón en la Contaduría de Hipotecas:

Resultando que con fecha en el Barco á 11 de Setiembre de 1865 firmó D. Telesforo Alba y López un documento en papel común que dice así: «Procedente de varias cuentas desde nuestra época en Filipinas, tengo en mi poder de la pertenencia de D. Félix Gianzo sobre unos 53.000 rs., los que, colocados del modo que me tiene facultado, producen unos 3.000 reales anuales; y que en una copia de este documento, sin firma, pero de letra del mismo D. Telesforo Alba, según declaración pericial, se lee además una nota que dice así: «Esta cantidad está impuesta en la herrería de Fervenza, la que está produciendo pérdidas y no ganancias, perdiendo ambos:»

Resultaudo que D. Telesforo Alba y López falleció intestado en el mes de Enero de 1876, siendo declarados herederos del mismo su hermano D. Ramón Alba y sus sobrinos D. José y Doña Plácida Núñez Alba, incapacitado el primero y consorte la segunda de D. Pedro Antonio Salgado, los cuales, por escritura de 10 de Mayo de 1867, transigieron con D. José Ignacio Prada el pleito que éste les promovió sobre revisión del contrato de compra venta de 20 de Octubre de 1860, cediéndole alguna de las fincas objeto del mismo y una cantidad en metálico:

Resultando que D. Felipe Gianzo falleció en 24 de Diciembre de 1879 con testamento de 27 de Setiembre de 1865, en que instituyó á su hermana Doña Juana heredera universal usufructuaria, autorizándola para que á su muerte repartiese sus bienes entre los individuos más necesitados de su familia, y muriendo sin testamento, le heredaran los sobrinos que designó, dejándola en propiedad los bienes que le correspondieron por ambas legítimas:

Resultando que Doña Juana Gianzo, como heredera de su hermano D. Félix, confirió poder en 2 de Abril de 1880 á D. José María Civeira para que se dirigiera á los herederos de D. Telesforo Alba y los inclinara á practicar una liquidación de las cantidades de dinero que había traído de las Islas Filipinas, de propiedad de su hermano, y otras que procedentes de la isla de Cuba le habían sido entregadas en la Coruña; autorizándole para que transigiera cualquier diferencia é hiciera las reclamaciones necesarias en juicio ó fuera de él:

Resultando que haciendo uso de este poder D. José María Civeira,

que sustituyó en un Procurador, dedujo la demanda objeto de este pleito, á la que acompañó las cartas y documento de que se ha hecho mérito, pretendiendo, apoyado en ellos, que se condenase á los herederos de D. Telesforo Alba López á pagar á Doña Juana Gianzo 24.500 pesetas, equivalentes á 98.000 reales; 53.000 rs. como capital, y los restantes como intereses correspondientes á 15 años trascurridos desde 11 de Setiembre de 1865 á 11 de Setiembre de 1880, y los demás que desde este día se devengasen hasta el total cobro á razón de 3.000 rs. anuales; condenándoles además en todas las costas que se ocasionasen y gastos del juicio:

Resultando que los herederos de D. Telesforo Alba, acompañando la copia del documento ya mencionado y la escritura de compra de la herrería de Fervenza, contestaron á la demanda con la pretensión de que se desestimara y se mandara proceder á una liquidación ó arreglo de cuentas entre demandantes ó demandados; alegando para ello que el documento de 11 de Setiembre de 1865 no era vale ni pagaré, como equivocadamente se calificaba en la demanda, puesto que no contenía obligación de pagar cantidad determinada de dinero, ni plazo fijo, siendo sólo una manifestación que hacía D. Telesforo de tener en su poder ó cuidado unos 53 000 reales de la pertenencia de Gianzo, y de haberlos colocado de la manera que éste le facultara, en virtud de lo que producían unos 3.000 reales: que del contenido de este documento y de las cartas presentadas se deducía que existía una amistad íntima y hasta comunión de parte de sus bienes entre D. Félix Gianzo y D. Telesforo Alba, teniendo éste exclusivamente confiado parte de ellos á su manejo y dirección con plenos poderes: que si en el año 65 el capital é intereses eran inciertos, en la fecha de la demanda, en que habían trascurrido más de 15 años, habiendo tenido la fábrica de hierro, en que eran socios, tantos altos, bajos y gastos, era preciso para conocer el capital, y por tanto sus intereses, que se practicara una liquidación, como lo expresaba la misma demandante en el poder que había conferido á D. José María Civeira; y que siendo indiscutible que Gianzo y Alba eran socios en el negocio de la fábrica de hierro, ó éste mandatario de aquél en la compra é industria de aquel artefacto, ó era preciso partir las ganancias ó pérdidas habidas en la Sociedad, ó que el mandatario diera cuenta de su gestión al mandante, que estaba obligado á lo hecho por aquél:

Resultando que la demandante sostuvo al replicar que la fábrica estuvo siempre reputada como de la exclusiva propiedad de D. Telesforo, sin que en ella tuviera nadie participación como socio ni en otro concepto, apareciendo así de los pleitos sostenidos con motivo de ella y transigido alguno por los demandados después de haber fallecido su causante:

Resultando que suministrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, y que la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña la revocó en 26 de Abril de 1882, condenando á Don Pedro Antonio Salgado y Núñez y á D. Ramón Alba López, como herederos de D. Telesforo Alba, á restituir á Doña Juana Gianzo y Pérez, como heredera de D. Félix Gianzo, 53.000 reales, con las utilidades que éste y dicha heredera han dejado de percibir desde 11 de Setiembre de 1865, que se regulan en 3.000 reales cada año; sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Pedro Antonio Salgado y D. Ramón Alba interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° El principio de equidad, regla de interpretación jurídica, que dice que todo documento y todo contrato debe entenderse derechamente á tenor de su sentido racional, no omitiendo cláusulas ni palabras ni dando á éstas otra significación y sentido que el que las era propio en el uso común del lenguaje; en cuanto se omitía la palabra *sobre*, esencialísima en el concepto de que se tomó la frase *sobre unos* 53.000 *reales*, convirtiéndola la sentencia en la de 53.000 *reales*; y considerando líquida, cierta y determinada una cantidad incierta é ilíquida:

2° El principio legal de que nadie puede ser compelido á dar ó á hacer más que aquello por que resulta obligado; pues la sentencia condenaba al pago de una cantidad ilíquida, imponiendo á los recurrentes obligaciones que no pactaron:

3° La ley 7ª, tít. 18, Partida 3ª, que ordena que en los contratos de Sociedad las pérdidas y las ganancias sean comunales; puesto que la sentencia imponía las pérdidas á un socio y las ventajas al otro:

Y 4° La doctrina legal reconocida en varias sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, las de 27 de Diciembre de 1881, 20 de Enero de 1865 y 27 de Junio de 1866, que dice que el contrato de mandato no puede ser oneroso para el mandatario, y éste está obligado al finalizar el mandato á rendir cuentas al mandante, á la vez que éste quedaba obligado por todo aquello que se hizo, con arreglo á las bases del contrato; doctrina que infringía la sentencia, porque siendo innegable el mandato entre Alba y Gianzo, eximía al mandatario ó quien le representaba de rendir cuentas, y condenándole al pago de una cantidad arbitraria convertía en oneroso el mandato:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe las doctrinas invocadas en los motivos 1° y 2°, porque la demanda no ha sido objeto de impugnación en cuanto fija en 53.000 reales la cantidad principal y en 3.000 reales anuales los réditos, sino en el concepto de que debe preceder una liquidación, fundada en la supuesta Sociedad existente entre D. Telesforo Alba y D. Félix Gianzo:

Considerando que tampoco infringe la ley y doctrina citada en los motivos 3° y 4°, porque la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas en uso de sus facultades, ha declarado que no existieron Sociedad ni negociaciones de ninguna especie entre los expresados Alba y Gianzo, sin que contra esa apreciación se haya expuesto infracción alguna;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Antonio Salgado y Núñez y D. Ramón Alba y López, á quienes condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 5 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

42

Recurso de casación (5 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por D. José García Bobia y otros con D. José Argüelles y Fernández (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

1° *Que existiendo la realidad del daño, debe indemnizarle el que lo causó;*

Y 2° *Que acreditado por el tercero su dominio en lo embargado, ca-*

rece de valor cualquier otro título de posesión, aunque lo tuviese el ejecutante.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Febrero de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de la villa de la Pola de Lena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. José Menéndez y García, industrial, vecino de Mieres, con D. José García Bovia y D. Manuel Alvarez, propietarios, y D. José Castañón, Notario, vecinos también de Mieres, y con D. José Argüelles y Fernández, industrial, de la misma vecindad, sobre tercería de dominio; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Angel Pinto Otén y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, en defensa y representación de D. José García Bobia y consortes; habiendo sido defendido y representado D. José Menéndez y García por el Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo y el Procurador D. Antonio Fernández Campos:

Resultando que á instancia de D. José García Bobia, D. Manuel Alvarez y D. José Castañón, en autos seguidos contra D. José Argüelles y Fernández se embargaron á éste en 3 de Diciembre de 1880 diferentes bienes, entre otros una casa con su lagar, 24 pipas de sidra y 16 medias pipas del mismo líquido que se encontraron en aquella casa:

Resultando que en 6 de dicho mes de Diciembre dedujo demanda ordinaria D. Jose Menéndez y García, con la solicitud de que se declarase en su día de su exclusiva propiedad las 32 pipas de sidra embargadas á Argüelles, mandando en su consecuencia alzar dicho embargo y dejarlas á su disposición, condenando á los ejecutantes á indemnizarle los daños y perjuicios que con tal motivo se le habían causado; á cuyo efecto alegó que la sidra embargada era de su propiedad, porque se fabricó á sus expensas y con manzana suya, como acreditaría por ser público en todo el pueblo de Mieres: que la sidra se hallaba en la casa lagar de la mujer del ejecutado Argüelles, porque era el sitio destinado á su fabricación y expendición, para lo cual tenía el demandante arrendado este local, con el artefacto, algunos cascos y otros utensilios, por 250 pesetas anuales y por término de tres años, que habían principiado el día 1º de Setiembre de 1879, según constaba del documento privado que acompañaba; y que con el fin de evitar procedimientos judiciales requirió ante testigos á Bobia, Alvarez y Castañón para que levantasen el embargo de la sidra, á lo cual se opusieron, y por ello protestaba reclamar cuantos perjuicios, costas y gastos le ocasionasen en defensa de su derecho:

Resultando que el documento privado acompañado con la demanda se hallaba fechado en Mieres á 9 de Mayo de 1880, y extendido en papel del sello 1º del año de su fecha, y aparece suscrito por José Argüelles y D. José Menéndez, juntamente con la mujer del primero y dos testigos, y en él se dice que Argüelles dió en arrendamiento á Menéndez por término de tres años, que empezaron á correr en 1º de Setiembre de 1879, en precio de 1.000 reales anuales, la casa lagar sita en el barrio sobre la Vega, propiedad de su mujer Doña Ignacia Alvarez, con su lagar, cascos y demás utensilios que contenía:

Resultando que D. José Argüelles no compareció, y por ello se le declaró rebelde y se le señalaron los estrados, y los otros demandados D. José García Bobia, D. Manuel Alvarez y D. José Castañón se opusieron á la demanda, manifestando que no estaban conformes con la razón que se aducía para explicar la causa de hallarse la sidra en el lagar de

Argüelles, ni la historia que al efecto se refería, y que para ello propone una demanda de tercería de dominio, es de imperiosa necesidad que tenga por objeto libertar de una ejecución bienes que no estén afectos á responsabilidad alguna real en favor del acreedor ejecutante y que sean propios de un tercero que nada deba y contra el que nada se reclame:

Resultando que á instancia de ambas partes se procedió á la venta en pública subasta de la sidra embargada, para lo cual se formó pieza separada:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron demandante y demandados lo dicho y alegado en sus primeros escritos, y sustanciado el pleito por todos sus trámites, incluso el de prueba; y en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo en 12 de Julio último, revocando la dictada por el Juzgado y declarando que la sidra contenida en las 24 pipas enteras y 16 medias embargadas á instancia de D. José García Bobia y consortes en la casa lagar de D. José Argüelles es de la propiedad del demandante D. José Menéndez, mandando en su consecuencia que se excluya dicha sidra ó el producto de su venta del embargo, y condenando á D. José García Bobia, D. Manuel Alvarez y D. José Castañón á que indemnicen al demandante los daños y perjuicios, ó sea el deterioro que por la detención de la venta hubiese sufrido en su caso la sidra, tomando para ello por base el resultado de la pieza separada que se había mandado formar para su venta y la disminución de valor que hubiese padecido la sidra desde la fecha del embargo hasta su venta, atendido el que ésta hubiese producido; y mandando, por último, que luego que fuese firme esta sentencia pasasen los autos al Ministerio fiscal para que, en vista de lo que apareciá de la certificación del folio 89 y del documento privado del folio 3, pudiera pedir lo que á su juicio procediera:

Resultando que D. José García Bobia, D. Manuel Alvarez y D. José Castañón y Díaz interpusieron recurso de casación por considerar infringidos:

1º La ley 3ª, tít. 15, Partida 7ª, invocada en apoyo de la condena impuesta á los recurrentes de responder de los daños y perjuicios seguidos con el retraso de la venta de la sidra, ocasionado por el embargo, en el concepto de carecer de aplicación al caso de autos, porque es principio inconcuso de derecho que aquel que usa del que le corresponde no causa daño, y es evidente que la sidra embargada, cuando el embargo se realizó se hallaba en la casa lagar del ejecutado ó de su mujer, y no había ningún dato que hiciera presumir que aquél líquido perteneciese á una tercera persona distinta del tenedor ó poseedor, así como lo es también que la detención de la venta surgió, no del embargo, sino de la interposición de la demanda de tercería, que vino á estorbarla en daño y perjuicio manifiesto de los recurrentes:

2º El principio de derecho reconocido en la sentencia recurrida, de que todo lo que se encuentra en un edificio ó local, determinado se presume que es de la misma persona á quien éste pertenece; pues aunque esta presunción legal cede y se destruye por la prueba contraria, esta prueba que en el caso presente debía consistir en la justificación del título en virtud del cual el supuesto fabricante de la sidra seguía poseyéndola á pesar de hallarse en posesión y en poder de otro, no se ha dado, sino que por el contrario, la sentencia recurrida acuerda que respecto del contrato privado del arrendamiento acompañado á

la demanda, objeto concreto sobre que debió versar dicha prueba, se instruya el procedimiento criminal correspondiente:

3° La ley 16, tít. 22, Partida 3ª, y la doctrina legal establecida en diferentes sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras en las de 7 de Enero y 21 de Mayo de 1859, 6 de Diciembre de 1862, 30 de Junio de 1864, 9 de Abril de 1867 y 12 de Enero de 1881, que imponen á los juzgadores el deber de que sus fallos sean congruentes con la demanda, no sólo en cuanto á lo que se pide, sino también á la manera con que hace la demanda y al averiguamiento ó prueba que es hecha sobre ella; en el concepto de que la sentencia recurrida nada resuelve sobre el hecho importantísimo aducido como necesario para que la demanda de tercería pudiese prosperar, que es el fundado en el contrato de arrendamiento, sino que hace abstracción de él y manda proceder criminalmente respecto del documento privado con que quiso demostrarse, no habiendo, por tanto, verdadera congruencia entre la sentencia recurrida y la forma de la demanda y de uno de los principales hechos en ella alegados y el resultado de la prueba á él correspondiente:

4° Porque además existen en el fallo recurrido disposiciones contradictorias al mandar instruir un procedimiento criminal por las sospechas que las pruebas suministradas inducen de existir un delito con motivo de la presentación del contrato privado de arrendamiento acompañado á la demanda como único documento en que se basaba, y estimar no obstante dicha demanda, prescindiendo de aquel contrato, y de que de no existir éste ó de no ser verdadero, no podía ni puede racionalmente dejar de suponerse que la sidra objeto de la tercería pertenecía al domidio del ejecutado; y según terminantemente se establece en el núm. 4° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha lugar al recurso de casación cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias;

Y 5° El principio de que la prueba del hecho es esencialmente distinta de la calificación de la naturaleza del mismo hecho que para los efectos de la casación entra en la competencia de este Tribunal Supremo; el otro principio de que el dominio no consiste en la fabricación ó construcción de los objetos ó cosas, sino en la facultad de poder disponer de ellos, y la ley 28, tít. 2°, Partida 3ª, y la doctrina legal establecida en diferentes sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras en las de 12 de Diciembre de 1859, 26 de Enero de 1866 y 26 de Octubre de 1867, con arreglo á la cual aunque el tenedor de unos bienes no tenga título justificativo de dominio, siempre debe conservarlos si alguno se los demanda y no prueba que le pertenece, ó lo que es lo mismo, que todo poseedor debe ser mantenido en el goce de su derecho mientras no haya otro que con un título más robusto le dispute lo que posee, por virtud de cuya doctrina no podía concederse al demandante el dominio de la sidra que tenía y poseía el ejecutado, sin la justificación cumplida de que éste era únicamente el arrendador del artefacto y vasijas en que dicho líquido se contenía al tiempo del embargo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que contra lo que se alega en el primer motivo de casación es aplicable al caso de autos la ley 1ª, tít. 15, Partida 7ª, que se cita en la sentencia recurrida, porque existiendo la realidad del daño por el deterioro de la sidra embargada, el que injustamente lo causó por el embargo indebido de aquel caldo tiene que indemnizar á su dueño:

Considerando, en cuanto á los motivos de casación 2° y 3°, que tampoco infringe la sentencia la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, y las doctrinas que en los mismos se invocan, porque el documento privado del arriendo no se trajo como título de dominio de la sidra reclamada, sino en el concepto de parte de prueba para acreditar el tercerista demandante que aquel caldo le pertenecía:

Considerando que el fallo no es contradictorio al desestimar lo relativo al arriendo y admitir por fehaciente la prueba testifical que acredita el dominio del tercero de la sidra embargada, porque compete apreciar dicha prueba á la Sala sentenciadora, y no se alega ley ninguna infringida por su apreciación, ni tampoco lo ha sido la 28, título 2°, Partida 3ª, puesto que acreditado por el tercero su dominio en lo embargado, carece de valor cualquiera otro de posesión, aunque lo tuviese, que no lo tiene el ejecutante, por lo que son inadmisibles los motivos 4° y 5°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José García Bobia, D. Manuel Alvarez y D. José Castañón y Díaz, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificacion correspodiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada en 5 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

43

Recurso de casación (6 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—Ha lugar en parte al interpuesto por D. Hilarión Roux con la Sociedad especial minera *San Juan y Santa Ana* (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

1° *Que la doctrina referente á la interpretación de los contratos y la que establece que no puede darse tal inteligencia de la que resulte para una parte el exclusivo provecho y el perjuicio para otra se refieren sólo á los contratos en que la voluntad de las partes resulte expresada en términos oscuros ó dudosos, en cuyo caso debe recurrirse á las reglas de interpretación para deducir la verdadera inteligencia de algunas de sus cláusulas:*

2° *Que para estimar que existe error de hecho es necesario, con arreglo al art.* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil, en su núm* 7°, *que dicho error resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador;*

Y 3° *Que la ley* 2ª, *tít.* 19, *libro* 11 *de la Novísima Recopilación, al disponer que el que se alzó sin derecho de las costas á la otra parte, supone que ésta acudió á la segunda instancia á virtud de apelación de su contrario. en cuyo caso sería injusto hacerle responsable de gastos á que no había dado motivo; mas no existiendo esta razón de la ley cuando ambas partes interponen dicho recurso de apelación en la primera instancia, aparece fuera de duda que cada parte debe satisfacer las costas á que haya dado lugar; y al no estimarlo así la sentencia recurrida, infringe la citada ley.*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Juan de la ciudad de Murcia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Hilarión Roux, Marqués de las Escombreras, comerciante,

vecino de Marsella, con la Sociedad especial minera *San Juan y Santa Ana*, domiciliada en Murcia, sobre cumplimiento de un contrato; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de D. Hilarión Roux por el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos; habiendo representado y defendido á dicha Sociedad minera el Procurador D. José García Noblejas y el Licenciado D. Manuel Silvela:

Resultando que en 22 de Junio de 1867 otorgaron escritura en la ciudad de Murcia, de una parte la Sociedad especial minera denominada *San Juan y Santa Ana*, y de la otra D. Hilarión Roux y Albanelli, por la que con objeto de formalizar el contrato de arrendamiento y desagüe de las minas de la empresa con arreglo á las bases aprobadas por la Junta directiva y la general de accionistas, para dar á partido las minas de la Sociedad convinieron, entre otras condiciones, que la expresada Sociedad minera daba en arrendamiento á partido al D. Hilarión Roux las minas y demasías de la Sociedad denominadas *Santa Ana*, *San Juan y Esperanza*, por término de 12 años, á contar desde aquella fecha hasta igual día y mes de 1879 y bajo las condiciones aprobadas por la empresa en la sesion de 18 del propio mes, cuya acta se copia en la escritura: que el D. Hilarión Roux recibía en arrendamiento á partido las precitadas minas y demasías, bajo las condiciones expresadas que se obligaba á guardar y cumplir inviolablemente, y en dichas condiciones se establece, entre otras, que Roux abonaría á la Sociedad el 30 por 100 de todos los minerales que extrajera de las pertenencies de la Compañía, bien en metálico ó en especie, á elección de la misma: que como el principal objeto de este contrato era el desagüe de las minas de la Compañía, Roux se comprometía á colocar una máquina de vápor en el sitio que más le conviniere, pudiéndola trasladar donde quisiera si así lo creyese más beneficioso: que todos los gastos que ocurrieran para colocar y trasladar la máquina ó máquinas de vapor, funcionamiento de las mismas, explotación y extracción de minerales hasta dejarlos en el almacén mancomunado, obras de seguridad y demás serían exclusivamente de Roux, quien tendría la dirección exclusiva de todas las operaciones consiguientes al desagüe y explotación de las pertenencias; pero la Compañía se reservaba el derecho de intervención facultativa para los efectos indicados, así como también tendría intervención administrativa que vigilase á la vez el orden de trabajos y percibiera los minerales en el almacén mancomunado ó en otro sitio, en su caso retirando en su día la parte que correspondiera á la Sociedad: que si efectuado el desagüe en los términos convenidos, resultase que había escasez de minerales hasta el punto de perjudicar á Roux su explotación y quisiera rescindir el contrato la Compañía, accedería á ello, previo el abono á la misma por parte de aquél de 20.000 rs., pero ínterin no se obtuviera el desagüe quedaba Roux obligado á seguir el contrato:

Resultando que una de las referidas minas, la llamada *Santa Ana*, confina por Levante con la denominada *Fuensanta*, y suscitada cuestión entre ambas por las invasiones que la Sociedad *Patria*, concesionaria de la segunda, realizaba en terreno de la primera, solicitó ésta el deslinde con aquélla, y acordado por la Autoridad competente, como el Ingeniero encargado de su ejecución encontrara una zona de superposición entre ambas, de cuatro metros, y creyera indispensable la

suspensión de trabajos en dicha zona hasta que se decidiese á quién pertenecía, así lo hizo entender en Agosto de 1871 á los encargados de la explotación de ambas minas, dejando señalada la parte correspondiente á dicha superposición, con cuya suspensión se conformó la Sociedad *San Juan y Santa Ana*:

Resultando que en 6 de Febrero de 1876 dicha Sociedad acudió al Gobernador civil, quejándose de la falta de observancia por parte de la Sociedad *Patria* á los preceptos de suspensión de la explotación en la citada zona de superposición entre las minas *Santa Ana* y *Fuensanta*, y después de oir á los Ingenieros del ramo, que informaron que la Sociedad *Patria* y los encargados de Roux habían seguido la explotación de dicha zona, aunque aquélla en menor escala, el Gobernador civil, en providencia de 3 de Mayo del mismo año, que fué aprobada por decreto de 19 de Agosto siguiente, considerando que los trabajos que se estaban practicando en las minas *Santa Ana* y *Fuensanta* no ofrecían seguridad por estarse haciendo una explotación codiciosa, y que por los encargados de una y otra se habían extraído minerales por una cantidad considerabilísima de un terreno neutral, que repetidas veces se les había mandado respetar, decretó la suspensión de los trabajos en ambas minas ínterin no se practicaran las obras que indicaban los Ingenieros:

Resultando que por escritura otorgada en 30 de Abril de 1876 se transigieron las desavenencias y cuestiones habidas entre la Sociedad SanJuan y Santa Ana y la Patria, y en el mismo día otorgó otra escritura por D. Simón Aguirre, en nombre y representación de D. Hilarión Roux, Marqués de Escombreras, y D. José Cadenas, en representación de la Sociedad especial minera la Patria, explotadora de la mina Fuensán ta, en la que Aguirre, enela representación dicha, y con el fin de facilitar la transacción, ofreció á la Sociedad la Patria entregarle el 45 por 100 de todos los minerales que se extrajeran; sin deducción alguna en la faja de terreno que por efecto de la transacción quedaba como de la propiedad de la mina Santa Ana á la parte de Poniente de la Fuensanta en una extensión de 200 metros de longitud por 90 centímetros de anchura; entendiéndos que dicha obligación duraría por todo el tiempo que D. Hiarión Roux tenía contratadas á partido las minas de la Esperanza, San Juan y Santa Ana, ó sea hasta el dia 22 de Junio de 1879:

Resultando que D. Simón Aguirre, en nombre de su poderdante D. Hilarión Roux, dirigió en 28 de Abril de 1878 una carta á la Junta directiva de la Sociedad San Juan y Santa Ana, en la que después de exponer las ventajas que reportaría á la Sociedad el que continuara siendo aquél el partidario de las minas, locual lesninducía á no espera término legal del contrato, proponía la renovación del mismo, bajo ciertas condiciones: que no habiendo sido aceptadas por la Sociedad dichas proposiciones, ni tampoco por Roux lasas por por la Sociedad, ésta en sesión de 25 de Mayo de 1879, consult hechasas proposiciones hechas por la representación de Roux mejoando otr primeras y las presentadas por D. José Pérez Salas y por Arando lasrmanos, aceptó las últimas como más beneficiosas:

Resultando que en 6 de Junio de 1879 D. Hilarión Roux dedujo demanda contra la Sociedad San Juan y Santa Ana, pretendiendo que para los efectos de la duración del contrato de 22 Junio de 1867 se declarase no había corrido el tiempo que estuvo privado de usar y disfrutar los

productos de la zona en que se acordó suspender la explotacion en Agosto de 1871, y en su consecuencia que se condenase á la Sociedad demandada á mantenerle en el goce, disfrute y aprovechamiento de aquella zona tanto tiempo como duró la suspensión, ó en su defecto á indemnizarle á metálico los provechos que pudo y debió tener, dentro de las condiciones del contrato, en la explotación de los minerales descubiertos en la referida zona durante igual tiempo que duró la suspensión; al efecto expuso que por el contrato mencionado de 22 de Junio de 1867 la Sociedad demandada le dió en arrendamiento por término de 12 años las minas San Juan, Santa Ana, Esperanza y sus demasías por la merced del 30 por 100 de los minerales que se extrajesen, bien en especie, bien en metálico: que el demandante había cumplido por su parte con las condiciones estipuladas, invirtiendo cuantiosas sumas en labores útiles para el porvenir de las minas: que suspendida desde Agosto de 1871 la explotación del criadero del mineral por él descubierto, interín desaparecían las cuestiones suscitadas entre la Sociedad demandada y la limítrofe de Fuensanta, dejó el arrendatario de percibir los provechos consiguientes á los riesgos y desembolsos corridos y empleados en la explotación hasta que terminaron las cuestiones citadas por el deslinde de las minas Santa Ana y Fuensanta, practicado en 13 de Junio de 1876, aprobado por el Gobernador de la provincia en 1877: que habiendo la Sociedad arrendataria celebrado nuevo contrato con una tercera persona, desestimando las proposiciones hechas por el arrendatario para la renovación del arrendamiento para cuando éste terminara legalmente se había hecho imposible toda avenencia entre ambos contratantes: que según la ley 21, tít. 8°, Partida 5ª, el arrendador está obligado á mantener al arrendatario en el goce, uso y disfrute de la cosa arrendada por el tiempo que se estipuló en el contrato; por lo que, habiéndose suspendido ese disfrute en la parte de la mina Santa Ana, debe entenderse también en suspenso el curso del tiempo de la duración del contrato para empezar á correr al alzarse dicha suspensión, puesto que lo estipulado fué que el uso y disfrute de las minas había de ser continuo durante 12 años, lo cual no sucedió por efecto de la suspensión:

Resultando que al contestar á la demanda la Sociedad San Juan y Santa Ana, pidió que se le absolviese de ella y que se condenase á Don Hilarión Roux á que la indemnizase los perjuicios que la había ocasionado y causase, no sólo por el modo y forma en que había verificado la explotación de las minas que le fueron arrendadas, sino también por retener en su poder la llamada Santa Ana, que se había negado á entregar no obstánte haber trascurrido el tiempo del arrendamiento, sobre lo cual le reconvenía por mutua petición; y después de hacer mérito de los antecedentes relacionados, sosteniendo que el demandante estuvo explotando las minas por el tiempo del contrato, alegó en cuanto á la reconvención, que llegado el día 22 de Junio de 1879, en que terminó el arriendo, aunque el demandante entregó las minas San Juan y Esperanza, se negó á hacerlo de la de Santa Anaa, reteniéndol aen su poder: que no había llevado en general la explotación dentro de las condiciones en que debió hacerlo, ocasionando con ello los consiguientes perjuicios á la Sociedad: que con arreglo á la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, el hombre queda obligado desde que por cualquier modo aparezca que quiso obligarse: que el arrendamiento termina llegado el caso de su cumplimiento, conforme al precepto

de la ley 18, tít. 8°, Partida 5ª, y según la 7ª del propio título y Partida es responsable el arrendatario de los daños que se causen en la cosa arrendada por su culpa ó impericia:

Resultando que al replicar el actor insistió en lo alegado y pedido en la demanda, y respecto de la convención alegó que no eran ciertos los hechos que asentaba la demandada, y sí que la explotación y labores de las minas se habían hecho con arreglo á arte, como lo demostraba, en cuanto á las denominadas San Juan y Esperanza, la circunstancia de haberlas recibido la Sociedad á su satisfacción; y respecto á la denominada Santa Ana, lo expuesto por los Ingenieros en la certificación que acompañaba informando del buen estado de labores; y que el hecho de retener el actor esta última mina no infería perjuicio á la Sociedad, porque no causa ofensa á otro que no usa de su derecho; por lo que pedía se le absolviese de la reconvención:

Resultando que la Sociedad demandada duplicó, reproduciendo sus anteriores pretensiones que recibido el pleito á prueba, y practicadas las propuestas por las partes por medio de documentos, peritos y testigos, alegó el demandante, pidiendo se declarase que para los efectos del contrato de 22 de Junio de 1867 no han trascurrido los cuatro años y 10 meses que estuvo impedido de explotar y aprovechar el filón Prodigioso por efecto de la suspensión de labores, acordada primero en la zona donde se dió á conocer aquel filón, y luego en toda la mina; y en su consecuencia que se condenase á la Sociedad San Juan y Santa Ana á que mantuviese á D. Hilarión Roux en el goce y aprovechamiento del expresado filón por tanto tiempo como duró la suspensión; y para el caso de que esto no pudiera ejecutarse, que se impusiera á la misma Sociedad la obligación de indemnizar al Roux los perjuicios por lucro cesante, en cantidad de 20 ó 38.620 rs., absolviendo al mismo Roux respecto de la reconvención; y la Sociedad demandada, al alegar por su parte de bien probado, retiró la petición que dedujo al contestar á la demanda:

Resultando que el Juez dictó sentencia absolviendo á la Sociedad minera San Juan y Santa Ana de la demanda contra la misma deducida por D. Hilarión Roux, Marques de Escombreras, condenando á éste á que indemnice á aquélla los perjuicios inferidos por la retención de la mina Santa Ana, después de finalizado el término del arrendamiento y absolviéndole en cuanto á los demás extremos á que se contrae la reconvención, sin hacer especial condenación de costas: que interpuesta apelación por el demandante, á la que se adhirió la Sociedad demandada en el extremo referente á las costas, y seguida la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia por sentencia de 15 de Marzo de 1882 confirmó la apelada, imponiendo á D. Hilarión Roux las costas de la segunda instancia;

Resultando que D. Hilarión Roux, Marqués de Escombreras, interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1° La doctrina legal afirmada por este Tribunal Supremo en sentencias de 8 de Junio y 17 de Setiembre de 1866 y 20 de Enero de 1861, relativa á la interpretación de los contratos, la cual debe estar más que á las palabras de sus cláusulas al enlace de éstas, al objeto que se propusieron los contratantes y á las pruebas aducidas, puesto que la sentencia aprecia que habiéndose fijado como punto de partida el 22 de Junio de 1867, finalizó el plazo de 12 años en igual día y mes de 1879, no obstante la interrupción del uso y del ejercicio de los derechos del

arrendatario por espacio de cuatro años y 10 meses, desatendiendo el enlace de las cláusulas de aquel contrato, el objeto y fin del mismo, reducido á compensar las obligaciones impuestas al arrendador y por él cumplidas durante 12 años, con igual tiempo de uso, disfrute y aprovechamiento de los minerales; ley de igualdad y reciprocidad que informa respecto á la duración del contrato todas las condiciones del mismo, y qué ha sido violada por la sentencia, en cuanto con la absolución resuelve que espiró el término en 22 de Junio de 1879, y por tanto que uno es el tiempo para el cumplimiento de las obligaciones impuestas á Roux y otro menor el del ejercicio de sus derechos cuando las partes contrataron qué derechos y obligaciones tendrían igual duración:

2º La doctina establecida por este mismo Tribunal en sentencia de 29 de Enero de 1873, en virtud de la cual no puede darse tal inteligencia de la que resulte para una parte el exclusivo provecho y el perjuicio para otra; doctrina que infringe la sentencia que absuelve de la demanda considerando el término del contrato de día á día; inteligencia contraria al fin y objeto que se propusieron los contratantes y con la cual resulta el exclusivo provecho para la Sociedad proletaria de los capitales invertidos por el arrendatario en el descubrimiento de los minerales y en ponerlos en condiciones de ser explotados, con más el provecho de los mismos, por los cuatro años y 10 meses que dejó de disfrutar de ellos el arrendatario á méritos y por causa de la suspensión acordada en el expediente promovido por el arrendador:

3º El error de hecho con que aprecia la sentencia las pruebas, estimando que la zona en que se acordó la suspensión en Agosto de 1871 se halla explotada, cuando los testimonios que invoca, ó sea las declaraciones de testigos, el acta de visita y los informes de los Ingenieros acreditan la equivocación evidente del juzgador y dicen lo contrario, á saber: que dentro de la mina Santa Ana y su zona, que fué objeto de la suspensión, continuaba y continúa con mayor potencia el criadero de mineral en dicha zona descubierto y que se conoce con el nombre de filón prodigioso:

4º El mismo error de hecho en que incurre la sentencia apreciando que la prueba evidencia como causa de la suspensión parcial de Agosto de 1871 las invasiones de mina Fuensanta en Santa Ana y de la total de 1873, las invasiones de una y otra en la zona de superposición, cuando los mismos documentos que la sentencia invoca acreditan la equivocación evidente del juzgador, porque demuestran que la primera suspensión se acordó, no por quejas de invasión, sino por la solicitud de deslinde pedida poe la Sociedad arrendadora San Juan y Santa Ana, y la segunda por las labores codiciosa y ruinosa que había ejecutado la mina Fuensanta en la zona vedada, con daño y perjuicio de la mina Santa Ana, respecto á cuyo arrendatario, que es el recurrente, el informe de los Ingenieros afirma que había respetado la orden de suspensión, salvo en una insignificante parte del Norte:

5º La ley 21, tít. 8º, Partida 5ª, que en la sentencia se interpreta con error manifiesto para eximir á la Sociedad demandada de la obligación de indemnizar al arrendatario de los provechos que debió percibir éste, á no mediar el impedimento que le privó de disfrutar los minerales descubiertos en la zona de superposición desde 1871 á 1876, suponiendo que la suspensión fué un hecho ajeno á la Sociedad arrendadora, cuando el embargo ó impedimento lo motivó el expediente de deslinde promovido por la misma Sociedad y terminando por su desistimiento:

6ª La regla 17 de derecho, tít. 34, Partida 7ª, según la cual ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro, por cuanto por la sentencia absolutoria, la Sociedad demandada se enriquece indebidamente con daño de Roux, aprovechando los minerales que él estuvo impedido de cortar por cuatro años y 10 meses, de los 12 á que le daba derecho su contrato, sin embargo de que la Sociedad arrendadora percibió, si no todo, á lo menos una buena parte de la merced del arrendamiento, correspondiente á los minerales explotados:

7ª La ley 2ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, al imponer las costas al recurrente en concepto de único apelante, cuando resulta que á virtud de escrito presentado por la Sociedad en primera instancia, se mandó emplazar segunda vez á Roux para ante la Audiencia, por haberse aquella parte adherido, no en la segunda, sino en la primera instancia á la apelación por las costas:

8º La ley 18, tít. 8º, Partida 5ª, por la errónea interpretación que se hace de su precepto, convirtiendo en condena de perjuicio la de los menoscabos que sufriera la cosa retenida por el arrendador durante el tiempo de la retención, lo cual no es lo mismo, y no es potestativo en los Tribunales agravar las responsabilidades impuestas por la ley, que aun había sido mal aplicada en la sentencia, porque en convenio celebrado en 22 de Junio de 1879, al recibir la Sociedad las minas San Juan y Esperanza, dejando en poder de Roux la titulada Santa Ana, se hizo constar que era litigioso, si debía ó no entregarse en dicho día, y que interin sobre este extremo se decidía por los Tribunales, continuaría Roux manteniendo el desagüe y cuidando de su conservación, para lo cual se facilitaría el acceso á dicha mina por la nombrada Esperanza:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la doctrina legal que se invoca en los dos primeros motivos del recurso, porque refiriéndose ésta á los contratos en que la voluntad de las partes resulte expresada en términos oscuros ó dudosos, en cuyo caso debe recurrirse á las reglas de interpretación para deducir la verdadera inteligencia de algunas de sus cláusulas, no es aplicable al contrato objeto de los presentes autos en lo relativo á su duración, puesto que en él se consigna con palabras claras y terminantes que la Sociedad minera San Juan y Santa Ana daba en arrendamiento á D. Hilarión Roux las minas de igual denominación por término de 12 años, á contar desde el 22 de Junio de 1867, en que se otorgó la correspondiente escritura, bajo las demás condiciones que constan de la misma, sin que pueda influir en la duración legal del contrato ni afecte en nada á lo convenido acerca de este extremo que se suspendieran los trabajos de explotación en una zona determinada por orden expresa de la Autoridad gubernativa, ya porque esta situación, independiente de la voluntad de la Sociedad propietaria, no produjo alteración en las obligaciones y derechos recíprocos de la misma y del arrendatario, emanados del referido contrato, ya también porque la desigualdad que se supone en provecho de aquélla por consecuencia de la indicada suspensión, únicamente podría dar lugar á una reclamación de perjuicios, como la misma parte actora, hoy recurrente, lo reconoció en su demanda al pedir en ella, siquiera lo hiciese subsidiariamente, el resarcimiento de dichos perjuicios el expresado concepto:

Considerando acerca de este particular que la Sala sentenciadora, al apreciar por el resultado de las pruebas practicadas que la zona objeto

de la suspensión acordada en Agosto de 1874 se halla explotada, y que la causa de aquella medida no fué otra que las invasiones de la mina Fuensanta, de ajena propiedad, no ha incurrido en el doble error de hecho que se le atribuye en los motivos 3° y 4°, pues para estimarlo así es necesario, con arreglo al art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su núm. 7°, que dicho error resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, lo cual no aparece en manera alguna, toda vez que el mismo dato que cita el recurrente en apoyo de su afirmación es la solicitud de deslinde de las minas Santa Ana y Fuensanta, deducida ante el Gobernador civil de la provincia por la Sociedad propietaria. la que al practicar esta gestión usa de un derecho perfecto en interés propio y del mismo arrendatario con motivo de las invasiones y conflictos que suscitaba la referida mina limítrofe, como se comprobó por los informes de los Ingenieros que reconocieron la zona en que tenían lugar estos sucesos:

Considerando que por virtud de esta inspección facultativa se acordó la suspensión parcial, ó sea la decretada en Agosto de 1871, única que debe tenerse en cuenta para los efectos del recurso, como lo ha tenido la sentencia, por ser á la que se refirió la demanda, y no á las demás suspensiones posteriores por no haberse hecho mérito de ellas en reclamación de perjuicios hasta el alegato de bien probado, lo que no es conciliable con la disposición del art. 256 de la ley de Enjuiciamiento civil entonces vigente, según se consigna en el mismo fallo, que en esta parte no ha sido impugnado:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la ley 21, tít. 8°, Partida 5ª, ni la regla 17 de derecho, tít. 34, Partida 7ª, citadas en los motivos 5° y 6°, porque el razonamiento empleado para demostrar estas pretendidas infracciones descansa en el equivocado concepto de que los perjuicios que reclama la parte demandante le fueron causados por culpa de la Sociedad demandada; lo cual, como queda expresado en el considerando anterior, no es conforme á la apreciación de la Sala sentenciadora relativamente á los hechos que sirven de fundamento á esta parte del recurso:

Considerando que tampoco infringe la sentencia reclamada la ley 18, tít. 8°, Partida 5ª, citada en el octavo fundamento del recurso, por no ser aplicable al caso actual la disposición que contiene relativa á los menoscabos de la cosa arrendada acerca de cuyo particular la sentencia absuelve á D. Hilarión Roux de lo pretendido contra el mismo por vía de reconvención, refiriéndose la indemnización de perjuicios á que es condenado dicho arrendatario á las causadas por la retención de la mina Santa Ana por más tiempo que el estipulado en el contrato de arrendamiento, privando así á la Sociedad propietaria de los mayores productos que hubiera obtenido en la referida mina durante el período en que siguió aquella explotándola indebidamente, contra cuyo acto de retención protestó la representación de la parte demandada, quedando á salvo los derechos de los litigantes y estar conformes únicamente en que los trabajadores de la mina Santa Ana pasasen por la Recuperada y Esperanza sin constituir servidumbre:

Considerando, por último, que la ley 2ª, tít. 17, libro 11 de la Novísima Recopilación, al disponer que el que se alzó sin derecho de las costas á la otra parte, supone que ésta acudió á la segunda instancia á virtud de apelación de su contrario, en cuyo caso sería injusto hacerle responsable de gastos á que no había dado motivo; mas no existiendo

esta razón de la ley, cuando ambas partes interponen dicho recurso de apelación en la primera instancia, que es lo ocurrido en estos autos, aparece fuera de duda que cada parte debe satisfacer las costas á que haya dado lugar, y por lo tanto al no estimarlo así la sentencia recurrida, condenando en las costas de la segunda instancia á la parte de Don Hilarión Roux, infringe la citada ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Hilarión Roux en cuanto se refiere á los motivos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 8°, y que ha lugar á dicho recurso por el motivo 7°, en cuyo particular casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete: devuélvase al recuarente el depósito que constituyó.—(Sentencia publicada el 6 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

44

Recurso de casación (6 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—No ha lugar al interpuesto por Doña María de las Mercedes Antón, con Doña María de la Cruz Insuela y otros (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

1° *Que conforme á lo prevenido en el art.* 1692, *núm.* 7°, *de la ley de Enjuiciamiento civil, contra la apreciación de las pruebas no puede prosperar el recurso de casación por infracción de ley, sino en el caso de que haya sido hecha con error de derecho ó con error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos, los cuales demuestren la equivocación evidente del juzgador;*

Y 2°. *Que no es aplicable la ley* 2ª, *tít.* 14 *de la Partida* 3ª, *que exime de la obligación de probar á la parte que niega alguna cosa en juicio, si es afirmativo el hecho en que se funda la demanda, y por consiguiente era de la incumbencia del demandante la prueba de este hecho para que pudiera prosperar la demanda, conforme á la ley* 1ª *del mismo título y Partida:*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Febrero de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de Valladolid y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por Doña María de las Mercedes Antón Insuela, consorte de D. Emilio Barba Méndez, vecinos de Saldaña, con la Comunidad de religiosas Lauras de aquella ciudad y con los hijos y herederos de Doña María Cruz Insuela, D. Anselmo, Doña Adelaida, Doña Isabel y D. Enrique Antón Insuela, vecinos de Valladolid, sobre tercería de mejor derecho; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Benito Rodríguez y el Procurador D. Manuel Elías, en defensa y representación de Doña María de las Mercedes Antón de Insuela; habiendo sido defendida y representada la comunidad demandada por el Licenciado D. Juan Fernández y el Procurador D. José María Cordón:

Resultando que Doña María Cruz Insuela, viuda de D. Prudencio Antón, confesó en escritura pública de 23 de Mayo de 1862 ser en deber á la Priora y religiosas Lauras de Valladolid por capital y réditos 20.707 rs. que se obligó á pagarles en la forma que determinó, hipotecando á su seguridad dos casas, sitas en la calle de la Mantería de aquella ciudad; escritura que fué registrada oportunamente:

Resultando que la expresada Comunidad, fundada en dicho documento, procedió ejecutivamente contra la deudora Doña María Cruz Insuela, obteniendo primero que se despachase mandamiento de ejecución y se embargasen las dos casas especialmente hipotecadas á la seguridad del crédito, y consiguiendo después se dictase sentencia de remate en 24 de Mayo de 1870, y se procediese á la venta de las dos casas, que fueron rematadas en favor de D. Bartolomé Ercilla:

Resultando por otra parte que D. Prudencio Antón, marido como se deja dicho de Doña María Cruz Insuela, falleció en 13 de Noviembre de 1858, dejando de dicho matrimonio siete hijos, llamados D. Pablo, Don Anselmo, D. Enrique, D. Pedro, Doña María de las Mercedes, Doña Adelaida y Doña Isabel; y que la hijuela formada á Doña María Mercedes importó la suma de 22.129 rs., comprendiéndose en ella, entre otras partidas, la de 7.285, en unas casas situadas en la Villa de Herrera de Río Pisuerga y en un pagaré de 11.571 con 14 céntimos, señalada en el inventario de bienes con el núm. 317:

Resultando que en 26 de Abril de 1876 dedujo Doña María de las Mercedes Antón Insuela la demanda que ha dado orígen á este pleito, con la solicitud de que se declarase que tenía preferente derecho para cobrarse el importe de su hijuela paterna con el producto en venta de las dos casas embargadas á su difunta madre Doña María Cruz Insuela por la Comunidad de religiosas Lauras, al que asistía á estas para hacer efectivo el crédito hipotecario en que fundaron su ejecución, alegando al efecto que su citada madre, como tutora y curadora suya, se hizo cargo de su hijuela paterna, de la que nada absolutamente le había entregado: que los únicos bienes que se conocían á su citada madre eran las dos casas embargadas por la Comunidad de religiosas Lauras en la susodicha ejecución: que al contraer matrimonio en 5 de Marzo de 1860 con D. Emilio Barba Méndez le fué entregado á éste un testimonio de su hijuela paterna, que había extraviado: que las obligaciones de los guardadores para con sus menores se halla garantida por la ley con hipoteca tácita; y que siendo el crédito de la Comunidad ejecutante posterior al suyo, era claro que su derecho á ser reintegrada era preferente al de aquélla:

Resultando que citados y emplazados en vista de esta demanda, así la Comunidad de religiosas Lauras como los demás hijos y herederos de Doña María Cruz Insuela, compareció tan sólo aquélla, y se opuso á la demanda, alegando al efecto, entre otras razones, que no era verosímil que hubiera dejado pasar la demandante tanto tiempo sin reclamar la entrega de su hijuela si realmente no le hubiera sido entregada, así como el que al hacerle entrega del testimonio de dicha hijuela cuando contrajo matrimonio no le hubieran entregado los bienes: que el hecho de haber vendido la demandante en unión de sus hermanos en el año 1875 una casa que les había sido adjudicada por herencia paterna era prueba evidente de que le habían sido entregados los bienes de su hijuela; que habiendo vivido Doña Mercedes con su madre hasta que contrajo matrimonio, y después desde el día en que se separó de su marido, resultaba para el caso en que se considerase que no había recibido su hijuela, que se le debería imputar los alimentos recibidos de su madre en pago de su haber paterno: que por otra parte no había recibido Doña Mercedes la herencia de su madre á beneficio de inventario, y no era cierto que se embargaran en la ejecución todos los bienes de Doña María Cruz Insuela, pues únicamente lo fueron las dos casas

hipotecadas; de cuyas rentas habían dispuesto la demandante y sus hermanos hasta el año 1862: que la hipoteca tácita legal invocada en la demanda no podía tener efecto legal contra tercero extraño á los actos de la curaduría, como lo era la Comunidad demandada, más allá del cuadrienio legal que conoce la ley al que estuvo sujeto á curaduría para ejercitar después de cumplida la mayor edad las acciones que le asistían contra el curador y sus bienes; y que carecía asimismo la demandante de todo derecho para invocar la hipoteca legal en perjuicio de la expresa y especial que tenía la Comunidad demandada, atendiendo á lo dispuesto en la ley 18 y 22, tít. 34, Partida 7ª:

Resultando que ambas partes insistieron en los escritos de réplica y dúplica en lo alegado y pedido en los anteriores; y recibido el pleito á prueba, limitó la suya la parte demandante á traer á los autos una copia del testamento de D. Prudencio Antón y un testimonio de la hijuela formada á Doña María de las Mercedes Antón Insuela:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia en 9 de Setiembre de 1880, y la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid la confirmó en 24 de Mayo próximo pasado, absolbiendo á la Comunidad de religiosas Lauras de la demanda de tercería interpuesta por Doña María de las Mercedes Antón Insuela, reservando á ésta los derechos de que se creyera asistida en reclamaciós de los bienes que le fueron adjudicados en la testamentaría de su padre:

Resultando que Doña María de las Mercedes Antón Insuela interpuso recurso de casación por considerar infringidos:

1° La ley 23, tít. 13 de la Partida 5ª, porque se desconoce el derecho de la recurrente sobre los bienes de su madre, no obstante no aparecer de autos que con posterioridad al momento en que esta última se hizo cargo de los bienes de su hija se los haya entregado, sino que la ha postergado á otro derecho posterior, cual es la Comunidad de religiosas Lauras de Valladolid:

2° La ley 24 del mismo título y Partida, que dispone que el padre no puede esquilmar los frutos de los bienes de los hijos ni enajenarlos en manera alguna, y si lo hiciese fincarían por ende obligados ó empeñados al fijo los bienes del padre hasta que percibiese entrega de ellos; todg vez que á pesar de haber dispuesto la madre y curadora de la recurrente de los bienes de ésta, no se le conoce el derecho de cobrarse con los que aquélla dejó con preferencia á la Comunidad susodicha, cuyo derecho es posterior:

3° Los artículos 354 y 355 de la ley Hipotecaria, porque se prescinde de la hipoteca especial que el menor tiene sobre los bienes de su curador, y se da preferencia á otra hipoteca posterior:

4° Los mismos artículos, en combinación con la ley 27, tít. 13, Partida 5ª, porque se prescinde de la prioridad de tiempo que existe en favor del crédito de la concurrente, igualmente privilegiado que el de la Comunidad demandada, y se da preferencia á éste, que es posterior;

Y 5° La ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª, que establece que la prueba no incumbe al que niega, porque supone la Sala sentenciadora que la recurrente, por el solo hecho de haber sido parte demandante tenía que probar lo que negaba:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Jose María Manresa:

Considerando que conforme á lo prevenido en el art. 1682, número 7°, de la ley de Enjuiciamiento civil, contra la apreciación de las pruebas no puede prosperar el recurso de casación por infracción de ley.

sino en el caso de que haya sido hecha con error de derecho ó con error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos, los cuales demuestren la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que por esta razón son improcedentes los cuatro primeros motivos del recurso, porque se fundan en el supuesto de que la madre y curadora de la recurrente se hizo cargo de los bienes que ésta reclama, y la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas, estima que no ha sido probado ese hecho fundamental de la demanda de tercería, sin que contra esta apreciación se haya alegado el error de derecho ni el error de hecho antes indicados, y por consiguiente no tienen aplicación al caso las leyes que en ellos se citan:

Considerando que tampoco es aplicable ni ha sido infringida la ley 2ª, tít. 14 de la Partida 3ª, citada en el quinto motivo, que exime de la obligación de probar á la parte que niega alguna cosa en juicio, porque es afirmativo el hecho en que se funda la demandada de que la madre y curadora de la recurrente se hizo cargo de los bienes que á ésta le fueron adjudicados de la herencia de su padre, y por consiguiente era de su incumbencia la prueba de este hecho para que pudiera prosperar la demanda conforme á la ley 1ª del mismo título y Partida:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María de las Mercedes Antón Insuela, á quien condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

45

Recurso de casación (8 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Eduardo López con D. Luis Bermejo y Gómez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora y á ella debe estarse mientras no se justifique que en dicha apreciación se ha cometido error de derecho ó de hecho, fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador;*

Y 2º Que si la Sala sentenciadora aprecia para negar la pobreza, no sólo las declaraciones de los testigos, sino también los hechos acreditados por la parte contraria, no infringe el art. 182 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 1855; *el principio de derecho en virtud del cual los Tribunales han de fallar con arreglo á lo alegado y probado por las partes, y la regla de sana crítica que prescribe la obligación de estimar las pruebas en conjunto.*

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Febrero de 1883, en el incidente pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, promovido por D. Eduardo López y López en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta capital para que se le conceda el beneficio de litigar como pobre en el pleito pendiente de apelación ante la misma con D. Luis Bermejo y Gómez sobre prestación de cuentas; habieno sido oído el Ministerio fiscal y comparecido en este

Supremo Tribunal D. Eduardo López, representado por el Procurador D. José Cirilo Díaz y defendido por el Licenciado D. Enrique Roger, y Bermejo por el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Doctor D. Francisco Lastres:

Resultando que remitidos en apelación á la Audiencia de esta corte los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro por D. Luis Bermejo y Gómez, curador ejemplar de su padre Don Tomás. con D. Eduardo López y López sobre presentación de cuentas, solicitó D. Eduardo que se le declarase pobre para litigar en razón á haber venido á tal estado con posterioridad á la primera instancia.

Resultando que oídos D. Luis Bermejo y el Ministerio fiscal, que se opusieron á la pretensión de López, se recibió el incidente á prueba, declarando tres testigos que les constaba por haberlo oído á aquél y á los criados de su hermano D. Francisco que carecía de bienes, viviendo modestamente y auxiliado por éste:

Resultando que por vía de prueba se unió á los autos certificación de un contrato de inquilinato del cuarto principal de la derecha de la casa núm. 55 duplicado de la calle de la Palma Alta, hecho en 16 de Agosto de 1881 á favor de D. Francisco López y López en precio de 310 reales mensuales, y que á instancia de Bermejo se trajo á los autos copia del empadronamiento verificado en 1° de Diciembre de 1881 de la casa núm. 55 duplicado. cuarto principal derecha, de la calle de la Palma Alta, el cual se hallaba autorizado por el cabeza de familia D. Eduardo López y López que figura como inquilino, pagando el alquiler mensual de 310 rs, hallándose incluídos en él su mujer, una hija y otra persona en concepto de transeunte:

Resultando que asimismo se hizo constar que en el Juzgado del distrito del Hospicio D. Eduardo López demandó á Bermejo para el pago de cierta cantidad, litigando como rico: que en el del distrito del Centro radicaban unas diligencias referentes á la fianza prestada para el desempeño de la curaduría; y que en los de embargo de bienes contra D. Antonio Gómez manifestó éste que á la liberalidad de D. Eduardo debía habitar la casa en que se encontraba:

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 30 de Marzo de 1882 denegando á D. Eduardo López la defensa por pobre solicitada, con imposición de costas y reintegro de papel invertido; y que habiendo suplicado, la referida Sala en 28 de Abril de dicho año 1882 declaró no haber lugar, con las costas, á suplir ni enmendar la mencionada sentencia:

Resultando que D. Eduardo López y López interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° Los artículos 182 y 991 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, vigente en este caso, por no haberlos aplicado, negando á López el beneficio de pobreza que dichos artículos concedían, y como consecuencia el art. 196 de la expresada ley, por haberlo aplicado indebidamente:

2° El principio de derecho en virtud del cual los Tribunales han de fallar con arreglo á lo alegado y probado por las partes, en cuanto para resolver el incidente se estimaban las pruebas relativas al estado de fortuna de D. Eduardo anterior á la época en que solicitó el beneficio de pobreza, cuando precisamente lo alegado y probado tendía á demostrar que dicho D. Eduardo había disfrutado de buena posición, pero que la había perdido durante la primera instancia del pleito:

3º En la apreciación de la prueba, la regla de sana crítica, que prescribe la obligación de estimar las pruebas en conjunto, por cuanto se apoyaba únicamente el fallo en el resultado de la de testigos y en un documento que apreciaba erróneamente, prescindiendo del valor de otros que había presentado:

4º Y que por último, se cometía error de hecho comprobado por documento auténtico, en cuanto declaraba que de la hoja del padrón unida á los autos aparecía que D. Eduardo López pagaba 310 rs. mensuales de alquiler, cuando de dicho documento no podía deducirse ni se deducía semejante hecho:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora y á ella debe estarse mientras no se justifique que en dicha apreciación se ha cometido error de derecho ó de hecho, fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que la Sala sentenciadora aprecia para negar la pobreza, no sólo las declaraciones de los testigos, sino también los hechos acreditados por la parte contraria, razón por la que la sentencia recurrida no infringe la ley y doctrina que se invocan en los tres primeros motivos del recurso:

Considerando que no existe el error de hecho que se alega en el cuarto motivo, porque no se deniega la pobreza á D. Eduardo López y López sólo por el resultado de la hoja del padrón unida á los autos, sino por el que ofrece el conjunto de las pruebas practicadas, cuya apreciación es de la Sala sentenciadora en la forma dicha en el primer considerando;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Eduardo López y López, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada en 8 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

46

Recurso de casación (8 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE LOS BIENES DE UN INVENTÁRIO.—Há lugar al interpuesto por D. Pelegrín Giralt con D. Manuel Giralt y otro (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1º *Que si en las demandas acumuladas que dieron origen al juicio se pidió de una manera concreta que se hicieran en un inventario de bienes las inclusiones reclamadas al tiempo de su formación, la sentencia que considera la conformidad de las partes sobre este extremo, y lo resuelve en su parte dispositiva, es congruente con la demanda y no infringe las leyes* 12 *y* 16, *tít.* 22, *Partida* 3ª, *art.* 61 *de la ley de Enjuiciamiento civil, y doctrina consignada por el Tribunal Supremo en su conformidad;*

Y 2º *Que según la legislación vigente en Cataluña, las donaciones*

entre vivos y los heredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales son irrevocables si los contrayentes no se reservan la facultad de modificarlos, sin más limitaciones que la de que no perjudiquen las respectivas legítimas de los descendientes ó ascendientes; y por lo tanto cualquier otro acto posterior sólo puede tener validez en lo que no se oponga á lo establecido en aquellos contratos.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Febrero de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de las Afueras y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Don Manuel Giralt y Ricart, labrador, vecino de Reixach, los consortes Don Victoriano Giralt y Ricart y Doña María Fraussi y Vila, y por fallecimiento del primero la segunda por sí y en representación de sus hijos menores Josefa, Pelegrín y Teresa Gil y Frausí, con D. José Giral y Ricart, y por su fallecimiento, con su hijo y heredero D. Pelegrín Giralt y Noguera, sobre inclusión y exclusión de bienes en el inventario de los bienes del padre común de los litigantes D. Pelegrín Giral y Serra, pendiente en este Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Pelegrín Giralt y Noguera, representado por el Procurador D. Juan Antonio Asensio, bajo la dirección del Licenciado D. Modesto Llorens, no habiendo comparecido ninguno de los recurridos:

Resultando que D. Pelegrín Giralt y Serra, en escritura de capitulaciones matrimoniales que otorgó en 21 de Diciembre de 1838 con motivo del matrimonio de su hijo primogénito D. José Giralt y Ricart con Doña Teresa Noguera, donó é hizo heredamiento universal de todos sus bienes á favor de su citado hijo para después de su muerte y de la de su mujer Doña Gertrudis Ricart, reservándose la facultad de colocar y dotar los demás hijos é hijas que tenía y tal vez tuviese, conforme le pareciere correspondiente á la posibilidad de sus bienes y con los pactos á él bien vistos; reservándose además la libre facultad de poder vender y establecer sus fincas y propiedades, crear censales y prestar fianzas, todo sin intervención de su hijo el donatario y de los suyos; y declarando, por último, que con dichos pactos y reservas, y no sin ellos, para después de su muerte y la de dicha su mujer, y no antes, y ahora para entónces, hacía la presente donación y heredamiento universal: que el donatario D. José Giral, presente al otorgamiento de la escritura, aceptó con las reservas y pactos expresados:

Resultando que con motivo del matrimonio de su otro hijo D. Victoriano con Doña María Frausi, otorgó el citado D. Pelegrín Giralt otra escritura de capítulos matrimoniales en 1° de Agosto de 1858, por la que en pago á su citado hijo de todos sus derechos de legítima materna y paterna, parte de esponsalicio y por otras causas y razones, le dió por título de donación pura, perfecta é irrevocable 1.000 libras en metálico, diferentes objetos, y además, para después de su muerte y no antes, tres fincas si resultaban entre sus bienes al tiempo de su fallecimiento, pues se reservó el derecho de poderlas enajenar:

Resultando que el mismo D. Pelegrín Giralt y Serra otorgó testamento en 7 de Noviembre de 1858, en el que nombró usufructuaria de todos sus bienes á su mujer Doña Gertrudis Ricart, legó á sus hijos D. Juan, D. Manuel y D. Victoriano diferentes fincas, hizo otros legados á favor de sus otros hijos é instituyó heredero universal al primogénito D. José; y en codicilo de 11 de Enero de 1863 dispuso que la pieza de tierra, de cabida dos mojadas, en término de San Martín de

Provensals, que había adquirido con posterioridad al otorgamiento de aquel testamento, quedase después de su muerte de la exclusiva propiedad de su mujer Doña Gertrudis Ricart, á su libre voluntad, y para el caso de morir ésta sin testamento ó sin haber dispuesto de dicha finca, se repartiese una mitad para su hijo mayor D. José y la otra mitad por partes iguales entre sus demás hijos:

Resultando que en testamento que en 7 de Octubre de 1867 otorgó Doña Gertrudis Ricart, bajo el cual falleció en 19 de Enero de 1868, instituyó heredero universal á su hijo primogénito D. José, incluso de las dos mojadas de tierra de San Martín de Provensals, en el caso de que pudiera tener efecto el legado que de dicha finca le hizo su marido en el codicilo antes referido, contraviniendo la donación y heredamiento universal que tenía otorgada á su citado hijo en los capítulos matrimoniales de 21 de Diciembre de 1838.

Resultando que ocurrido en 2 de Octubre de 1863 el fallecimiento de D. Pelegrín Giralt y Serra, su hijo y heredero D. José Giralt y Ricart promovió juicio universal de testamentaría, y en el acto mismo en que se formó el inventario judicial de los bienes hicieron presente algunos de los interesados que no se hallaban conformes con él:

Resultando que en 26 de Agosto de 1864 los hermanos D. Juan y D. Manuel Giralt y Ricart, fundados en las disposiciones contenidas en el testamento de su padre de 7 de Noviembre de 1858, solicitaron en primer lugar que se mandara hacer en el inventario las inclusiones de bienes reclamados en el acto de su formación y las demás que resultasen procedentes; en segundo lugar, que se mandara excluir de dicho inventario las fincas y derechos que les había legado su padre en su citado testamento, declarando que no se hallaban sujetos al presente juicio de testamentaría; y en tercer lugar, que se declarse que dichas fincas y derechos eran de la exclusiva propiedad y pertenencia de los demandantes:

Resultando que en igual fecha pretendieron por separado los consortes D. Victoriano Giralt y Ricart y Doña María Frausi que se mandaran hacer en el repetido inventario las inclusiones que tenía reclamadas en el acto de su formación y las demás que procediesen, y que se excluyeran del mismo las fincas comprendidas en la donación que le hizo su padre D. Pelegrín en la escritura de capítulos matrimoniales de 1° de Agosto de 1858, mandando ponerle en posesión de ellas:

Resultando que á instancia de D. José Giralt y Ricart y de su madre Doña Gertrudis Ricart fueron acumuladas ambas demandas, y la contestó el primero en 25 de Octubre de 1869 con la solicitud de que se desestimasen, con imposición á los demandantes de silencio y callamiento perpetuo; y en virtud de la reconvención que al efecto establecía, se declarasen nulos é ineficaces, así la donación de los bienes raíces contenida en la escritura de capítulos matrimoniales de 1° de Agosto de 1858, celebrada con motivo del casamiento de D. Victoriano, como los legados hechos á favor de éste y de sus hermanos D. Juan y D. Manuel y de la madre Doña Gertrudis Ricart en el testamento de D. Pelegrín de 7 de Noviembre de 1858 y en el codicilo de 11 de Enero de 1863; ordenando además que quedase á disposición del demandado todos los bienes contenidos en dichos legados y donación, dimitiendo al efecto D. Victoriano y D. Juan las porciones de viña que respectivamente detentaban, con restitución de los frutos producidos y podidos producir desde la muerte del padre común, y declarando que los de-

mandantes D. Victoriano, D. Juan y D. Manuel debian limitarse á percibir lo que por legítima les correspondiese según el resultado de las pruebas que se practicaran, con abono de lo que habían recibido en dinero, muebles y efectos al tiempo de sus respectivos matrimonios; y que el demandado podría entregarles lo que les faltase en dinero ó en bienes hereditarios á su elección; en apoyo de cuyas pretensiones, después de hacer relación de los antecedentes que se dejan referidos y de hacer constar los demás bienes, efectos y dinero que su padre D. Pelegrín había dado á sus demás hijos é hijas al tiempo de contraer matrimonio cada uno de ellos, alegó que como donatario y heredero universal de su padre en virtud de las capitulaciones matrimoniales de 21 de Diciembre de 1838, tenía derecho á pedir y obtener la declaración de nulidad é ineficacia de la donación obtenida por D. Victoriano en agravio y perjuicio de la suya anterior, así como la de los legados dispuestos á favor del mismo de sus hermanos D. Juan y D. Manuel y de la madre común Doña Gertrudis:

Resultando que conferido traslado para réplica á los demandantes, lo evacuaron D. Manuel Giralt y por fallecimiento de D. Victoriano su viuda Doña María Frausi, por sí y en representación de sus hijos menores, con la pretensión de que con arreglo á las demandas interpuestas se hiciesen en el inventario las exclusiones de bienes que tenían pretendidas, y que se les absolviese de la reconvención propuesta por D. José Giralt, condenando á éste á entregar y dimitir á favor de los actores todas la fincas comprendidas y designadas en la donación hecha en los capítulos matrimoniales de 1° de Agosto de 1858 y en los legados hechos en el testamento de 17 de Noviembre de 1858, con los frutos percibidos y podidos percibir desde las épocas y fechas correspondientes:

Resultando que el demandado insistió en la dúplica en lo dicho y alegado en su escrito de contestación y reconvención; y por su fallecimiento, ocurrido durante el término de prueba, se personó y fué tenido por parte su hijo y heredero D. Pelegrín Giralt y Noguera:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia, confirmatoria en 30 de Junio del año próximo pasado, mandando incluir en el inventario de los bienes de D. Pelegrín Giralt y Serra los reclamados en el acto de su información por los interesados y excluir todos los comprendidos en la donación otorgada por el mismo D. Pelegrín á favor de su hijo D. Victoriano Giralt y Ricart en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 1° de Agosto de 1858 y en los legados ordenados por el propio D. Pelegrín en su último y válido testamento á favor también de D. Victoriano y de Don Juan y D. Manuel Giralt y Ricart, cuyos legados y donación se declaraban válidos y subsistentes, y absolviendo á los demandantes de la reconvención propuesta por el demandado D. José Giralt y Ricart, y sostenida después por su heredero D. Pelegrín Giralt y Noguera á quien se condenaba á silencio y callamiento perpetuo y á entregar á los actores en sus respectivas calidades todas las fincas comprendidas y designadas en la donación y legados mencionados con los frutos percibidos y podidos percibir desde el día 2 de Octubre de 1863 en que falleció el donante D. Pelegrín Giralt y Serra respecto de las fincas donadas en capitulaciones matrimoniales á D. Victoriano Giralt y en cuanto á las fincas legadas á D. Juan y D. Manuel Giralt y Ricart desde el día 19 de Enero de 1868 en que quedó extinguido el usufructo por falleci-

miento de Doña Gertrudis Ricart, previa liquidación reservada entre las partes á su debido tiempo:

Resultando que D. Pelegrín Giralt y Noguera interpuso recurso de casación por considerar infringidos:

1º Las sentencias de este Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1853; 11 de Mayo de 1855; 12 de Octubre de 1859; 13 de Febrero de 1863; 28 de Junio, 22 de Noviembre y 16 de Diciembre de 1864; 13 de Noviembre y 1º de Diciembre de 1865; 12, 13 y 19 de Enero, 26 de Mayo y 30 de Junio de 1866; 11 de Febrero, 9 de Abril, 18 de Junio y 2 y 18 de Octubre de 1867; 8 de Febrero de 1869; 12 de Enero y 13 de Octubre de 1870; 22 de Febrero y 15 de Octubre de 1872, 3 de Marzo, 4 de Abril, 14 de Mayo y 5 de Diciembre de 1873, y 5 y 17 de Diciembre de 1874; porque la sentencia recurrida no es congruente con las peticiones de las partes, pues ni en la demanda ni en la contestación, ni en ninguno de los demás períodos del pleito se ha tratado sobre inclusión alguna en el inventario:

2º Por el mismo concepto las leyes 12 y 16, tít. 22, Partida 3ª, y el artículo 61 de la ley de Enjuiciamiento civil:

3º La ley 1ª, tít. 2º, libro 5º, volúmen 1º de las Constituciones de Cataluña que declaran nulo y de ningún valor ni efecto todo instrumento que se hiciese en disminución, derogación ó perjuicio de la donación hecha por los padres á sus hijos en tiempos de bodas:

4º El Usatge 1º, tít. 9º, libro 8º del mismo volúmen 1º, que declara que toda donación es firme y durable sin que después de hecha pueda el donante mudar su voluntad sin que con arreglo á la ley única del mismo título deban insinuarse las donaciones hechas en capítulos matrimoniales; con cuyos principios se halla conforme la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 16 y 27 de Marzo y 19 de Abril de 1865 y otras varias:

5º La ley 35 Código *De donationibus*, párrafo cuarto y el párrafo quinto de la misma, según el cual la mera reserva del usufructo por parte del donante importa la tradición de las cosas donadas, porque el usufructo es una servidumbre, y las servidumbres no pueden recaer sobre cosas agenas; así como importa la tradición la reserva relativa al caso de que el donario falleciese sin dejar uno ó más hijos que llegasen á la edad de testar, previniendo que entonces hubiesen de volver los bienes al donante si viviese:

6º La ley contenida en los capítulos matrimoniales de 21 de Diciembre de 1838, y el principio de derecho *pacta sunt servanda*, con relación á la pieza de tierra del término de Sta María de Provensals, legada por D. Pelegrin Giralt á su mujer Doña Gertrudis Ricart, porque con relación á dicha finca no puede invocarse ninguna de las reservas contenidas en aquellos capítulos matrimoniales;

Y 7º La ley 2ª, tít. 5º, libro 6º, volúmen 1º de las Constituciones catalanas, con arreglo á la cual es facultativo pagar al heredero la legítima en dinero ó en bienes hereditarios, porque D. Pelegrin Giralt y Serra en el supuesto de haber creído que podría volver á legitimar á los hijos en testamento, sin embargo de haberlos legitimado ya por actos entre vivos, nunca podría hacerlo concediendo á los segundogénitos la propiedad de las fincas que tenía donadas al primogénito, sino que éste hubiera podido pagarles en dinero:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que en las demandas acumuladas que dieron origen

al presente juicio se pidió de una manera concreta que se hicieran en el inventario de los bienes dejados por D. Pelegrín Giralt y Serra las inclusiones reclamadas al tiempo de su formación, y en tal concepto la sentencia que considera la conformidad de las partes sobre este extremo, y lo resuelve en su parte dispositiva, es congruente con la demanda y no infringe las leyes y doctrina que se invocan en los motivos 1° y 2° del recurso:

Considerando que según la legislación vigente en Cataluña las donaciones entre vivos y los heredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales son irrevocables si les contrayentes no se reservan la facultad de modificarlos, sin más limitación que la de que no perjudiquen ias respectivas legítimas de los descendientes ó ascendientes, y por lo tanto cualquier otro acto posterior sólo puede tener validez en lo que no se oponga á lo establecido en aquellos contratos:

Considerando que al otorgar donación y heredamiento universal D. Pelegrín Giralt á favor de su hijo D. José en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 21 de Diciembre de 1838, se reservó, entre otras, la facultad de colocar y dotar los demás hijos, conforme le pareciese al donador correspondiente á la posibilidad de sus bienes, y habiéndolo hecho así en las que otorgó en 1° de Agosto de 1858 á favor de su hijo D. Victoriano, casado con Doña María Frausi, donándole dinero, ropas y fincas, sin que se haya demostrado ser inoficiosa dicha donación, es visto que el donante no ha contrariado la donación que hizo á su hijo D. José:

Considerando que no sucede lo propio con los legados hechos por el mismo D. Pelegrín en su testamento y codicilo á favor de sus hijos D. Juan, D. Manuel y su esposa Doña Gertrudis, porque al otorgar donación y heredamiento universal á favor de su hijo D. José, no se reservó para tratar sino la cantidad de 100 libras y otra igual para su mujer, razón por la que la sentencia que declara válidos dichos legados, en cuanto excedan de aquella cantidad, infringe las leyes citadas en los motivos 3°, 4° y 6°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto á nombre de D. Pelegrín Giralt y Noguera contra la sentencia que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 30 de Junio de 1882; y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia en cuanto declara válidos y subsistentes los legados hechos en su testamento y codicilo por D. Pelegrín Giralt y Serra á favor de sus hijos D. Juan y D. Manuel Giralt y Ricart y su esposa Doña Gertrudis Ricart, y manda se excluyan del inventario los bienes que los constituyen.—(Sentencia publicada el 8 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Agosto del mismo año.)

47

Recurso de casación (8 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—LIBERTAD DE SERVIDUMBRE.—No ha lugar al interpuesto por Don Francisco Janer con D. Feliciano Thió (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que en cuestiones de hecho debe estarse á la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora; y no se da contra ella el recurso de casación, sino en el caso de que haya habido error de derecho ó error de hecho que resulte de documentos o actos auténticos con los*

cuales se demuestre la equivocación evidente del Juzgador como lo ordeno el art. 1692, núm. 7°, de la ley de Enjuiciamiento civil:

2° *Que los artículos* 279, 292, 295, 306, 314, 317 *y* 327 *de dicha ley, se refieren al orden del procedimiento; y aun en el supuesto de que hubieran sido infringidos, no pueden invocarse para fundar el recurso de casación por infracción de ley como tiene declarado el Tribunal Supremo, ni puede probarse con ellos que ha habido error de derecho en la apreciación de las pruebas, pues este error ha de resultar de la violación ó interpretaaión errónea de las leyes que determinan la fuerza probatoria de los medios de prueba empleados en el pleito;*

Y 3° *Que resuelta la cuestión del pleito conforme á la apreciación de los diferentes medios de prueba en él empteados por una y otra parte, según la cual la Sala sentenciadora estima que no se ha probado la existencia de la servidumbre ni antes ni después de pertenecer al recurrente el predio que supone dominante, no tienen aplicación al caso, ni han sido infringidas por tanto, las leyes* 1ª *y* 12, *tít.* 30, *Partida* 3ª, 14, *tít.* 31, *Partida* 3ª, *el principio jurídico* «poseemos por medio de nuestros inquilinos y colonos» *y doctrina legal que establece que la ley hipotecaria no tiene aplicación á los actos y contratos anteriores á su promulgación, citados bajo el supuesto inadmisible de estar probado el uso y posesión de la servidumbre y de haberla ganado por prescripción*:

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de Santo Coloma de Farnés y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Feliciano Thió con D. Francisco Janer sobre libertad de servidumbre; autos que penden ante Nos en virtud da recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de D. Francisco Janer por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez, bajo la dirección del Licenciado D. Diego Montant, habiendo representado y defendido á D. Feliciano Thió el Procurador D. Federico Grases y el Doctor D. Leopoldo Feu:

Resultando que por escritura otorgada en 5 de Abril de 1774, Miguel Mateu estableció á Salvio Sarsaneda la pieza de tierra boscosa, de cabidad ocho vesacas y media de pertenencias de su manso Mateu de Vilori, por el censo anual de 10 sueldos, equivalentes á una peseta 33 céntimos, y por la entrada de 50 libras, ó sean 133 pesetas 33 céntimos; que después de haber pasado el dominio de esa pieza de tierra á la hija y heredera del enfiteuta María Sarsanedas, y por fallecimiento de ésta en 1808 al suyo Salvio Bellver y Sarsanedas, vecino de Viañúa, la estableció éste por escritura de 3 de Mayo de 1875, en ocasión que tenía construída la casa conocida por Manso Sarsanedas y reducida á cultivo parte de sus tierras, al demandado Francisco Janer por el censo de 30 pesetas y el encargamiento del otro censo anterior de una peseta 33 céntimos sin entrada. De una certificación expedida durante el término de prueba por el Registrador de la propiedad de Santa Coloma de Farnés aparece que no consta inscrita la servidumbre pretendida por D. Francisco Janer ni en la inserción del manso Pascual, que también comprende los mansos Bosch, Blavi y Molino, ni en la del manso Sansanedas, estableció al demandado D. Francisco Janer en 3 de Mayo de 1875:

Resultando que en 9 de Junio de 1879 D. Francisco Janer Fábregas interpuso demanda de interdicto de recobrar, fundándole en que el demandante por sí y sus causantes, por justos y legítimos títulos, era dueño y poseedor del manso llamado Sarsanedas, compuesto de

casa pcra labraeza y tierras cultivas y bascosas; que atravesaba el expresado manso un camino carretero que pasando por delante de la puerta de la casa del mismo, conducía por un lado al pueblo de Vilovi, y por la parte opuesta empalmaba con la carretera de Barcelona á Gerona, estando dicho camino situado en terreno de diversos propietarios; que el demandante por sí, y sus causantes los dueños del propio manso, desde más de 10, 20, y 30 años habían estado y estahan en la pacífica posesión de usar del camino carretero mencionado, utilizándole siempre que les había convenido, que en el día 5 del mes de Junio de 1879, D. Feliciano Thió, por medio de su colono y depend ente el heredero D. Francisco Viñolas, había abierto una zanja en cada uno de los brazos en que se divide dicho camino carretero en el punto boscoso llamado la Talleda, todo en el término de Vilovi, con lo cual el demandante había sido despojado de la posesión de usar del mencionado camino; y después de alegar los fundamentos de derecho, pidió que se le reintegrara en la posesión de que había sido despojado: recibida la información testifical ofrecida por el actor y prestada por el mismo fianza por 4.000 pesetas, se tramitó el interdicto sin audiencia, y en 5 de Julio de 1879 el Juez dictó sentencia, mandando reintegrar á D. Francisco Janer en la posesión en que se hallaba de usar del camino carretero que atravesaba su propiedad Manso Sarsanedas, con imposición de todas las costas al despojante D. Feliciano Thió:

Resultando que en 27 de Julio de 1879 D. Feliciano Thió dedujo demanda ordinaria, exponiendo que el actor era dueño y poseedor por sí y sus causantes desde tiempo inmemorial de la heredad manso Pascual, de otras dos y de un molino, ó sea de cuatro fincas contiguas que venían á componer una sola, con sus tierras, sitas en el término de Vilovi; que Francisco Janer Fábregas, dueño y poseedor del manso Sarsanedas y de sus escasas tierras, sitas en el mismo término de Vilovi, había promovido interdicto de recobrar contra el actor, figurando haber estado en posesión por sí y sns causantes desde más de 30 años atrás de la servidumbre de un camino carretero sobre las tierras mencionadas, y que había sido despojado de la misma con la apertura de dos zanjas ordenada por D. Francisco Thió, habiendo conseguido sentencia y restitución hasta un punto contiguo á las paredes del manso Pascual y el cobro de costas y perjuicios en cantidad de 400 pesetas, que le había satisfecho D. Feliciano Thió; que había callado Janer en el interdicto que en 24 de Marzo de 1875 su hermano le había cedido en pago de derechos legitimarios una porción de terreno del manso Janer, lindante con las tierras de la heredad manso Pascual; intermedias entre éste y el manso Sarsanedas, y que con motivo de serle muy ventajoso á D. Francisco Janer el poder atravesar desde su manso las tierras de Thió para pasar al terreno legitimario sin necesidad de dar la vuelta por el manso Janer, como se hacía antes, solicitó del propio Thió permiso para semejante paso, que le fué otorgado con condición de limitarse á una ó más ocasiones de su gusto, reservándose el concedente el hacer zanjas y demás actos de dominio; que en el mismo camino en cuestión el actor había demostrado su no consentimiento ó privación de paso colocando un madero de una á otra parte del camino hacía cosa de dos ó tres lustros; y diciendo ejercitar las acciones reivindicatorias de servidumbre, la *in factum* y *conditio ex lege*, pidió que se declarase que D. Francisco Janer no tenía derecho para usar de camino carretero alguno en la parte del punto boscoso llamado la Talleda, ni en lo restan-

te de las tierras del propio Thió sito en el término de Vilovi declarar también que dichas tierras estaban libres de la servidumbre rústica de camino que intentaba imponerles el demandado, según el referido interdicto, cuya sentencia se dejase sin efecto, y que se condenara por fin al demandado Janer á la reposición de las cosas al estado que tenían antes del interdicto, y al pago de las costas de éste y consiguiente devolución de su importe al actor en cantidad de 380 pesetas, y de 20 más, en concepto de perjuicios, como también al pago de todas las costas del presente pleito y la indemnización de perjuicios:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Francisco Janer, la contestó exponiendo: que el demandado por sí, y sus causantes, y con legítimos títulos, era dueño y poseedor por más de 30 años, y de tiempo inmemorial, del manso llamado Sarsanedas, sito en el término de Vilovi; que desde tiempo inmemorial existía un camino carretero que, partiendo del camino público que va de Vilovi á la carretera general, atravesaba terrenos de Doña Dolores Bou, los mansos Janer Mabosch, Vilabona, Blavis y Pascual, propio de D. Feliciano Thió Gras, propio de los sucesores de D. Salvador de Casamaig, el Sarsanedas, que lo era del demandado y el Mateu hasta enlazar con la carretera de Barcelona á Gerona; que cada uno de los propietarios de los indicados mansos era dueño de dicho camino carretero en la parte que atravesaba su respectiva propiedad, habiendo efectuado en el mismo actos de verdadero dominio, no sólo en cuanto al uso, sino en la recomposición, corte de árboles y demás demostrativos de propiedad; que asimismo, desde más de 30 años y desde tiempo inmemorial, los aludidos propietarios, á la par de su dominio respectivo, habían usado del citado camino, pasando por el mismo en la parte correspondiente á los copropietarios, sin que lo hubiesen verificado clandestinamente ni por precario; que era tan evidente el derecho del demandado, como que el mismo actor en su demanda no había podido menos de reconocer que los mansos del término de Vilovi se hallaban atravesados por caminos carreteros, de que se utilizaban vecinos y forasteros, sin que por esto se entendiera constituída servidumbre alguna, sin observar que el uso constante y por el espacio de tiempo prescrito por la ley constituía un derecho tan indestructible como el de la misma propiedad; que la existencia del camino carretero, no sólo se justificaba por las declaraciones de los testigos del interdicto, sino que era tan notoria que no pudo menos de consignarlo el actuario en la diligencia de restitución, expresando haber encontrado una carretera que desde la general de Francia dirige á Vilovi, lo cual no se hubiera manifestado, si como suponía el actor no existiese tal camino carretero y la antigüedad de éste, así como el uso hecho del mismo por el demandado y sus causantes, con la oposición que era de reciente fecha por parte del actor á dicho uso excluía toda posibilidad del precario que suponía el mismo; que equivocadamente suponía el actor que el demandado trataba de imponerle la servidumbre de paso, cuando, según lo solicitado y seteneiado, sólo se pidió y declaró el derecho del mismo á usar del camino carretero de que se ha hecho mérito; y después de alegar los fundamentos de derecho, opuso á la demanda la excepción de falta de derecho, y utilizando por reconvención las acciones real confesoria, *condilio ex lege*, pidió que se le absolviera de la demanda, imponiendo silencio y costas al actor, condenándole á que dejara libre y expedita á favor del demandado el derecho de usar del camino carretero, objeto del interdicto de autos

en el modo que se había verificado de más de 30 años, y aun de tiempo inmemorial, con prestación de fianza idónea de no perturbarlo, y pago de todas las costas:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica produjeron las partes sus respectivas pretensiones, ampliando y fijando definitivamente los puntos de hecho y de derecho expuestos en la demanda y contestación, y recibido el pleito á prueba y practicadas las propuestas por medio de posiciones, documentos, peritos y testigos, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 28 de Julio de 1881, declarando haber lugar á la demanda y que son libres las tierras del manso Pascual, de propiedad del actor, de la servidumbre de camino que intenta imponerle el convenido, dejando sin efecto la sentencia restitutoria de 5 de Junio de 1879, y condenó al Francisco Janer á la reposición de cosas al estado anterior, á la restitución practicada en virtud de dicha sentencia, ó sea en haber de abrir las dos zanjas que entonces se cerraron y haberse de abstener de usar del camino carretero cortado con las propias zanjas y al pago de las costas del juicio:

Resultando que confirmada dicha sentencia con las costas por la que en 17 de Junio de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por parte de D. Francisco Janer y Fábregas, se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º La ley 1ª, tít. 30, Partida 3ª, y la 14 del tít. 31, Partida también 3ª, según los cuales otro de los modos de constituírse una servidumbre, así como el de la posesión de las cosas incorporales, consiste en el uso por el tiempo, fijado por las leyes con el consentimiento del dueño del predio que sufre la carga:

2º El principio jurídico y establecido «Poseemos por medio de nuestros colonos é inquilinos:»

3º La ley 12, tít. 30, Partida 3ª, preceptivas de que únicamente se pierde la posesión por acto contrario demostrativo de la voluntad:

4º La doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de Mayo y 15 de Diciembre de 1880, y 30 de Abril de 1881, resolviendo cuestiones análogas á las debatidas en autos no sólo en cuanto declaran ser necesarias la inscripción de la posesión ni el título en las posesiones adquiridas por prescripción anterior á la ley Hipotecaria para que su adquisición sea eficaz, y sí también en cuanto á la consideración del 3º á que se refieren los artículos 23 y 35 de la ley Hipotecaria y la exacta interpretación de ésta:

5º La doctrina legal sostenida por este Tribunal Supremo en su decisión de 15 de Octubre de 1874, entre otras, sobre que la ley Hipotecaria no tiene aplicación á los actos y contratos anteriores á la promulgación:

6º Los artículos 306, 314 y 327 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, al verificarse las pruebas de autos en cuanto á la testifical; pues sus declaraciones tienen fuerza probatoria según las reglas de la sana crítica por su número y calidad; la comparación con las del recurrente es imposible á quienes aun cuando afirmen las preguntas, luego se contradigan ó las desvirtúen en las repreguntas como hicieron los testigos del actor:

7º Los artículos 279 y 317 de la propia ley de Enjuiciamiento en cuanto no informa ningún medio probatorio, los alegatos de la parte contraria ni el croquis presentado por el mismo cuya fuerza le atribuye el fallo:

8° Los artículos 292 y 295 de la misma ley, así como la doctrina de este Tribunal Supremo, en sentencias de 16 de Abril de 1866 y 11 de Enero de 1869, á cuyo tenor sólo forma prueba la confesión del juicio cuando es explícita y absoluta de los mismos hechos probados y no por consecuencia cuando no se han reconocido los que se estiman probados:

9° La prescripción jurídica citada en tercer lugar, en cuanto estima la Sala que por no vivir en el manso Sarsanedas el causante del recurrente, no tenía el uso ni podían prescribir mediante sus colonos derecho al paso del camino carretero en cuestión:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que en cuestiones de hecho cual es la debatida en este pleito debe estarse á la apreciación de las pruebas hechas por la Sala sentenciadora, y no se da contra ella el recurso de casación, sino en el caso de que haya habido error de derecho ó error de hecho que resulte de documentos ó actos anteriores con los cuales se demuestre la equivocación evidente del juzgador como lo ordena el art. 1692, núm. 7°, de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que los artículos de dicha ley que con referencia á la de 1855 se citan en los motivos 6°, 7° y 8° del recurso, se refieren al orden del procedimiento, y aun en el supuesto de que hubieran sido infringidos, no pueden invocarse para fundar el recurso de casación por infracción de ley como tiene declarado este Tribunal Supremo, ni puede probarse con ellos que ha habido error de derecho en la apreciación de las pruebas en cuyo concepto los cita el recurrente, pues este error ha de resultar de la violación ó interpretación errónea de las leyes que determinan la fuerza probatoria de los medios de prueba empleados en el pleito:

Considerando que resulta la cuestión del pleito conforme á la apreciación de los diferentes medios de prueba en él empleados por una y otra parte; según la cual la Sala sentenciadora estima que no se ha probado la existencia de la servidumbre ni antes ni después de pertenecer al recurrente el predio que supone dominante, no tiene aplicación al caso ni han sido por tanto infringidas las leyes y doctrinas que se citan en los demás motivos del recurso bajo el supuesto inadmisible de estar probado el uso y posesión de la servidumbre y de haberla ganado por prescripción;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco Janer y Fábregas á quien condenamos en las costas, y á pagar por razón de depósito la cantidad de 1.000 pesetas, la que, caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 8 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

48

Recurso de casación (10 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —RENDICIÓN DE CUENTAS Y CANCELACIÓN DE HIPOTECA.—No ha lugar al interpuesto por Doña Antonia Romero y Ruíz con D. Hernán Guzmán Blanco (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que según tiene declarado el Tribunal Supremo el aplazamiento por corto tiempo en el pago de una deuda no constituye novación en el sen-

tido y para los efectos de la ley 15, *tít.* 14, *Partida* 5ª, *siempre que subsista la misma causa de deber.*

En la villa y Corte de Madrid, á 10 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador de la ciudad de Sevilla y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Hernán Guzmán Blanco, como marido de Doña Carmen Fuentevilla, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con Doña Antonia Romero y Ruiz, viuda, vecina de Sevilla, como heredera de sus hermanos D. Francisco y D. Antonio Romero y Ruiz, representada por el Procurador D. José García Noblejas, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio María de Mena, y D. Antonio Benítez y González, que no ha comparecido, sobre rendición de cuentas y cancelación de una hipoteca:

Resultando que Doña Petra de Coya falleció en Sevilla con testamento en que instituyó por sus únicos y universales herederos á sus dos hijos menores D. Manuel y Doña Carmen Fuentevilla y Coya, y nombrado por el Juez del distrito del Salvador de aquella ciudad, que conoció de dicha testamentaría, tutor y curador de dichos menores á Don Antonio Benítez, se le hizo saber que para discernirle el cargo prestase fianza en cantidad de 6.000 rs.:

Resultando que Benítez ofreció la garantía de una finca propia de D. Francisco de Paula Romero que se hallaba pronto á hipotecarla, y admitida, se otorgó escritura en 29 de Octubre de 1856, por la que Don Antonio Benítez se obligó á administrar y cobrar todo cuanto á los menores perteneciera, y á dar cuenta y razón de todos los bienes y caudal cuando le fuera pedido, y D. Francisco de Paula Romero, de mancomún é *in solidum*, sin que fuera necesaria la excusión de bienes, á pagar los alcances que contra Benítez resultasen, llanamente, sin pleito alguno, luego que constara y se le pidiera ó se le mandara entregar, hipotecando especial y señaladamente tres suertes de tierra en el cuarto de la Ermita de la dehesa de Tabladilla, de que era dueño:

Resultando que en el mismo día se discernió el cargo al curador, y practicada la partición, que se aprobó judicialmente, constituyó el haber de Doña Carmen la cantidad de 50.229 reales 50 céntimos, adjudicándosele para su pago una casa en la calle de San Eloy, núm. 23, en 30.374 reales 50 céntimos, la mitad de un establecimiento de tienda y taberna y varios muebles y alhajas; habiéndose vendido la casa con las formalidades legales debidas, percibiendo su precio el curador:

Resultando que Doña Carmen Fuentevilla contrajo matrimonio en el año de 1875 con D. Hernán Guzmán Blanco, el cual según consta en una posición que articuló para preparar la vía ejecutiva contra D. Antonio Benítez, y que éste contestó afirmativamente, requirió varias veces al curador para que le diese cuentas con pago de los bienes que le había administrado, y en los últimos días de Abril y primeros de Mayo de 1876 rindió cuentas privadamente, entregando á D. Hernán los bienes muebles que á su mujer habían sido adjudicados, á excepción de algunos que le fueron dispensados por su escaso valor, y otros por haber sido consumidos por el uso, habiéndole puesto en posesión del establecimiento de tienda y taberna adjudicado á aquélla, apareciendo de la liquidación que entonces se practicó un alcance contra el curador de 31.117 reales 30 céntimos procedentes de la cantidad que en el precio en que se vendió la casa de la calle de San Eloy correspondía á Doña

Carmen, cuya suma ofreció pagar antes del 1º de Noviembre del mismo año de 1876, concediéndosele esta espera por D. Hernán mediante el pago que aquél le hizo de 2.489 reales 32 céntimos como intereses correspondientes á dicha cantidad desde la fecha de su matrimonio hasta el día 1º de Noviembre en que había de verificar el completo pago:

Resultando que D. Hernán Guzmán Blanco entabló demanda ejecutiva contra D. Antonio Benítez González y D. Antonio Romero, hermano y heredero del fiador D. Francisco de Paula, para el pago del citado alcance, intereses y costas; pero habiendo desistido de dicho juicio, dedujo en 18 de Setiembre de 1879 la demanda ordinaria objeto de este recurso, en la que ejercitando la acción directa que competía á los que habían estado sometidos á guardar, y la hipotecaria que nacía del contrato de fianza referido, pidió se compeliera al guardador D. Antonio Benítez á que con citación de los herederos del fiador D. Francisco Romero, rindiera las cuentas justificadas de su administración en el término que señalara, y que una vez averiguado el saldo que arrojasen se hiciera efectivo en los bienes hipotecados y en cualesquiera otros que perteneciesen á los obligados, y se entregara á Doña Carmen Fuentevilla, mujer del demandante; con las costas de este juicio y las ocasionadas en el ejecutivo que había quedado en suspenso, alegando en apoyo de la segunda parte de su pretensión, única que es objeto del actual recurso, que los hermanos y herederos del fiador D. Antonio y Doña Antonia Romero eran los continuadores en la obligación de garantizar los resultados de las cuentas del guardador; y que no siendo necesaria la excusión de bienes, podía desde luego dirigirse contra los herederos del fiador una vez conocidas las responsabilidades que tocaban á aquel; pero que siendo estos mismos herederos los que habían de solicitar el saldo que resultase, sería conveniente que la rendición de cuentas se verificase con su citación:

Resultando que D. Antonio Benítez González no contestó á la demanda, y que verificándolo los hermanos D. Antonio y Doña Antonia Romero y Ruiz, herederos del fiador D. Francisco de Paula, solicitaron que se les absolviera de ella, condenando además á D. Hernán Guzmán Blanco con el carácter que litigaba á que cancelara la hipoteca constituida por D. Francisco de Paula Romero para responder de la gestión de la curatela que ejerció D. Antonio Benítez, sobre lo cual le reconvenían por mútua petición; alegando para ello que la obligación que el curador tenía de dar cuenta de los bienes del huérfano, estaba ya cumplida según confesión del mismo demandante: pero que de todos modos en ningún caso, ni por la ley de Partida ni por el tenor de la escritura de fianza, estaría D. Francisco de Paula Romero ni sus herederos obligados á la rendición de aquella cuenta; que si el deudor principal cumplía la obligación y el contrato garantizado por el fiador se había extinguido por la novación, no había acción alguna en el acreedor para demandar al fiador por una obligación ya extinguida; que aun cuando los hermanos y herederos de D. Francisco de Paula Romero eran los continuadores de la obligación que este contrajo en la escritura, quedó extinguida cuando en Mayo de 1876 dió Benítez á D. Hernan cuenta que éste aprobó de los bienes que había tenido á su cargo con entrega de ellos; que no era aplicable al caso de autos el artículo 1274 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil que sólo se refería al caso en que el curador estuviese obligado á dar cuentas de su administración, que no lo estaba cuando el discernimiento fuera hecho

con la cualidad de frutos por pensión y al caso en que el pupilo no tuviera quien legítitimamente los representase como en personalidad propia como la tenía el marido para representar á su mujer; y si Don Hernán Guzmán podía contratar en representación de su esposa, era indudable también que pudo recibir las cuentas del curador y aprobarlas, hacerse cargo de los bienes de su mujer, darse por entregado del metálico que le correspondía, concertar con D. Antonio Benitez la obligación por razón de préstamo con interés que con él celebró; que quien no era deudor por cantidad principal no podía serlo por razón de réditos; que Hernán no podía reclamar las costas del juicio ejecutivo, puesto que fué una demanda producida sin razón, por lo cual desistió de ella; que la novación de contrato extinguía la obligación anterior, y como la accesoria de fianza seguía la suerte de la principal, era claro que por la novación concertada entre Hernán y Benítez quedó extinguida la fianza hipotecaria, estando aquél obligado á cancelarla:

Resultando que el demandante sostuvo al replicar que las obligaciones nacidas del contrato de fianza hipotecaria no habían sufrido variación alguna y que la causa del gravamen hipotecario no había desaparecido; que aun suponiendo que la novación se hubiera realizado con todos los requisitos legales, carecería de validez, ya porque la cuenta no se rindió judicialmente, ya porque el marido no tenía capacidad para recibirla por sí propio y de una manera privada, y que aun suponiendo válido el contrato novatorio quedaba á la menor la facultad de reclamar contra el perjuicio que le causaba, la cual alegaba como excepción á la reconvención para el caso inesperado de que no se declarara admisible su demanda;

Resultando que recibido el pleito á prueba, el demandado D. Antonio Benítez absolvió posiciones diciendo era cierto que en la liquidación privada que practicó con D. Hernán Guzmán respecto á la administración de la guarda á que estuvo sometida su mujer, quedó adeudando á ésta 31.117 rs. 30 céntimos procedentes de su participación en el precio de la fianza vendida, cantidad que no consideró recibida en el acto para ningún fin y de que se continuó estimando deudor bajo el mismo y único concepto de guardador:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia condenando á D. Antonio Benítez y González á rendir cuentas de la tutela y curatela de Doña María del Carmen Fuentevilla, con intervención de Doña Antonia Romero y Ruiz, condenando asimismo á ésta como sucesora de las obligaciones del fiador D. Francisco de P. Romero, á satisfacer con los bienes especialmente hipotecados por éste ó con los suyos propios, la cantidad á que ascendían en dichas cuentas los alcances del guardador, con más los intereses desde el día 19 de Julio de 1875 y las costas, desestimando la reconvención y declarando por el contrario que la hipoteca constituída por D. Francisco de P. Romero se hallaba vigente y con eficacia legal:

Resultando que apelada esta sentencia por D. Antonio Romero y Ruiz la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla la revocó en 27 de Setiembre de 1882, absolviendo de la demanda á D. Antonio Benítez González y á Doña Antonia Romero Ruiz, representante de su fiador, declarando que en su día fueron dadas y aprobadas las cuentas de la curaduría por quien en derecho correspondía; y hallándose responsable al saldo aprobado la fianza prestada, absolvió de la reconvención á D. Hernán Guzmán Blanco como marido de Doña Carmen Fuentevilla,

con reserva al mismo de la acción que la corresponda, para reclamar de quien haya lugar y en la forma que proceda los 31.117 rs. con 30 céntimos, saldo de la cuenta rendida y aprobada, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que Doña Antonia Romero interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° Las leyes 2ª y 3ª, tít. 13, Partida 3ª, en virtud de las cuales deben tenerse como probados los hechos sobre los cuales ha recaído confesión judicial del actor, y no debía representarse; que hacían prueba plena las declaraciones de D. Antonio Benítez, relativas á si había habido ó no novación, porque esta declaración, además de no versar sobre hechos, perjudicaba, no ya á quien la hacía, sino á quien había de pagar al fiador:

2° La ley 15, tít. 14, Partida 5ª, en virtud de la cual había debido respetarse por la Sala sentenciadora que la obligación del fiador había sido extinguida por novación, toda vez que el contrato celebrado por Guzmán Blanco y Benitez al rendirse las cuentas, hizo que siguiera debiéndose por razón de préstamo lo que antes se debía por razón de tutela:

3° La ley 10, tít. 18 del Fuero Real, porque en virtud de ella no había debido declararse subsistente la obligación del fiador, puesto que sin su consentimiento se prorrogó el plazo de aquélla, cuyo cumplimiento garantizaba:

4° El texto del contrato de 1856, según el cual sólo en los términos en él comprendidos podría considerarse obligado el fiador:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que según tiene declarado este Tribunal Supremo el aplazamiento por corto tiempo en el pago de una deuda no constituye novación en el sentido, y para los efectos de la ley 15, tít. 14, Partida 5ª, siempre que subsista la misma causa de deber:

Considerando que esta doctrina tiene aplicación al caso de autos respecto del cual consta además que en la liquidación practicada por D. Hernán Guzmán y D. Antonio Benítez, y plazo concedido á éste para el pago del saldo resultante contra el mismo no se dió por *quito* á D. Antonio Romero Ruiz, causante de los demandados de la obligación contraída por virtud de la fianza hipotecaria con que garantizó el buen desempeño de la tutela y curatela confiada al Benítez:

Considerando, en su consecuencia, que el fallo reclamado no infringe las leyes que se invocan en los motivos 2° y 3°, ni lo convenido en la escritura de 1856 á que el 4° se refiere, porque todas estas pretendidas infracciones se alegan bajo el equivocado concepto de haber habido novación en el referido contrato de obligación y fianza:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las leyes de Partida de que se hace mérito en el primer fundamento porque refiriéndose á la *conoscencia* no son aplicables á la cuestión debatida, si se tiene en cuenta que las declaraciones hechas por Benítez al evacuar posiciones únicamente pueden afectarle, pero no al demandante;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Antonia Romero y Ruiz, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada en 10 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

49

Recurso de casación (10 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por D. Ildefonso Calleja con D. Felipe Zapatero (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que la sentencia que no niega al recurrente la calidad y privilegios de dueño con título inscrito de las fincas embargadas, ni le priva de su dominio y posesión contra su voluntad y sin aviso con toda la solemnidad de un juicio, sino que considerándole sucesor en las obligaciones de la persona de cuya herencia derivan aquellos bienes, absuelve al ejecutante de la demanda en que á título de dueño solicitaba que se alzase el embargo puesto en ellos para hacerlas efectivas, no infringe las leyes* 13, *tít.* 33 *Partida* 7ª, 2ª *tít.* 34 *libro* 11 *de la Novísima Recopilación, artículo* 24, *de la ley Hipotecaria y doctrina del Tribunal Supremo que dispone que nadie puede ser privado de lo suyo sin ser llamado y vencido en juicio:*

2° *Que tampoco infringe la ley* 17, *tít.* 11, *Partida* 4ª, *que trata de los bienes parafernales y estos privilegios con relación al marido, si la sentencia no condena á pagar con bienes de esta clase deudas declaradas como propias del marido, sino deudas que la Sala sentenciadora considera á cargo de la mujer, hoy su heredero, parte recurrente, por haberse tratado de sus intereses en el pleito en que recayó la condena de costas, origen de la obligación:*

3° *Que no son de estimar los motivos de casación que se refieren á los razonamientos del fallo y no á su parte dispositiva;*

Y 4° *Que el recurso de casación no debe fundarse en leyes y doctrinas que el mismo recurrente califica de inaplicables á las cuestiones del pleito, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo faltan en tal caso las condiciones lógicas indispensables para que la infracción hubiera podido efectuarse y pueda prosperar el recurso.*

En la villa y Corte de Madrid, á 10 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infración de de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Getafe y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta capital por D. Ildefonso Calleja y García, y en su nombre el Procurador D. Antonio Fernández Campos, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel García del Pozo, con D. Felipe Zapatero é Ibañez, representado por el Procurador Don Antonio Bendicho, dirigido por el Licenciado D. Manuel Silvela, y Don Facundo Calleja y Gutiérrez, que no ha comparecido, sobre tercería de dominio á bienes embargados á este último:

Resultando que D. Facundo Calleja y Gutiérrez entabló demanda en el Juzgado de primera instancia de Getafe contra D. Felipe Zapatero é Ibáñez sobre reconocimiento de una servidumbre rústica constituída sobre una heredad del demandado y á favor de un pajar propio del demandante adquirido durante su matrimonio con Doña Anjela García Mochales:

Resultando que promovido en dicho juicio un incidente sobre suspensión del término de prueba, dió lugar á una apelación que interpuso D. Facundo Calleja, y que remitidos los autos á la Audiencia se separó del recurso, teniéndosele por separado con las costas en 9 de Abril de 1878:

Resultando que practicada la tasación y devueltos los autos al Juz-

gado de primera instancia, se requirió para el pago de su importe á D. Facundo Calleja, y como no lo verificara se procedió en 16 de Agosto de 1878 al embargo de una casa sita en la calle de Madrid de Getafe, número 67, y de un pajar en las afueras de la villa:

Resultando que por fallecimiento en 1º de Febrero de dicho año 1878 de Doña Angela García Mochales, otorgaron su marido D. Facundo Calleja y su hijo único y heredero D. Ildefonso Calleja García en 9 de Julio siguiente escritura de descripción y adjudicación de bienes, de la cual aparece que todos ellos consistían en una casa en la villa de Getafe y su calle de Madrid, señalada con el núm. 67, tasada en 2.650 pesetas, que heredó Doña Angela García Mochales durante su matrimonio, un pajar sito en la misma villa, inmediato á la casa, adquirido por D. Facundo Calleja durante la sociedad conyugal, cuyas fincas se hallaban hipotecadas á la seguridad de un préstamo de 1.500 pesetas é intereses, y unos muebles de valor de 90 pesetas; y que en atención á que dichos bienes no alzaban á cubrir con mucho las aportaciones de la finada, se adjudicaron al único heredero D. Ildefonso Calleja la casa y el pajar con las cargas mencionadas, el cual aceptó la adjudicación, obligándose á respetar á su padre el uso del derecho de una habitación de dicha casa legado por su referida madre; habiendo sido inscrita esta escritura en el Registro de la propiedad en 16 de Agosto siguiente:

Resultando que acordada en los autos de que se ha hecho antes mérito la anotación preventiva del embargo de lat mencionadas fincas, el Registrador la denegó por hallarse inscritas á favor de D. Alfonso Calleja, á excepción de la servidumbre personal de usufructo vitalicio de una habitación; pero que habiendo insistido D. Felipe Zapatero en que se verificase, porque Doña Angela García era responsable lo mismo que su marido, y por lo tanto su heredero por lo que de ella hubiera recibido, tuvo efecto dicha anotación:

Resultando que continuada la vía de apremio, tasadas las fincas y anunciada su venta, dedujo D. Ildefonso Calleja y García en 15 de Julio de 1879 la demanda objeto de estos autos, en la que haciendo uso de la acción real de tercería de dominio, pidió se alzara el embargo practicado de las mencionadas fincas, las cuales le pertenecían en pleno dominio por haberle sido adjudicadas como heredero de su difunta madre, hallándose inscritas en el Registro de la propiedad:

Resultando que D. Felipe Zapatero impugnó la demanda fundado en que los embargos de la casa y pajar estaban acordados para hacer efectivas las costas en que habían sido condenados los padres de Don Ildefonso Calleja, y por consiguiente la herencia del hijo no podía alcanzar más que los derechos de su madre con las obligaciones y gravámenes que pesaban sobre la misma al tiempo de morir; que las diligencias de ejecución de sentencia se seguían contra D. Ildefonso Calleja en representación de su madre, como antes se seguían contra la misma, por ser dueño de la finca á cuyo favor se pretendió ganar una servidumbre, y que el ejecutado no tenía personalidad para presentarse con el carácter de tercer opositor, ni para intervenir como parte en las diligencias de apremio:

Resultando que suministrada prueba por el actor, el Juez de primera instancia dictó sentencia, y que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte la confirmó con las costas en 9 de Mayo de 1882, absolviendo á D. Felipe Zapatero y á D. Facundo Calleja de la demanda:

Resultando que D. Ildefonso Calleja interpuso recurso de casación por haberse infrigido á su juicio:

1º El art. 24 de la ley Hipotecaria, que tanto valor da á los títulos inscritos, declarando que surtirán efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común, en virtud de cuyo precepto, inscrita á nombre de D. Ildefonso Calleja la casa y pajar que se trataban de vender antes que tuviera efecto la anotación preventiva del embargo, sin que existiera previamente á ese embargo declaración de que el dueño de los bienes pudiera responder de las responsabilidades que se le pretendían exigir, no podía sostenerse ese embargo ni las diligencias posteriores:

2º La ley 13, tít. 33, Partida 7ª, que contiene, entre otras reglas de derecho, la de que á nadie se le puede quitar lo suyo en contra de su voluntad, y no habiendo sido vencido en juicio previo D. Ildefonso Calleja, sólo con su consentimiento podrían serle arrancados los bienes de que se le trataba de privar:

3º La ley 2ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación y la jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal en las sentencias, entre otras, de 5 de Octubre de 1863 y 24 de Febrero de 1865, que disponen que nadie puede ser privado de lo suyo sin ser llamado y vencido en juicio, lo cual vendría á suceder respecto del recurrente, subsistiendo la sentencia recurrida:

4º La ley 17, tít. 11, Partida 4ª, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 25 de Junio de 1857, 4 de Marzo de 1858 y otras que determinan las responsabilidades á que están sujetos los bienes parafernales, sin que se consigne entre ellas la de pagar deudas del marido:

5º Los artículos 45 y 49 de la ley de Matrimonio civil, en cuanto se aplican sin deber, puesto que la doctrina que contienen que el marido represente en juicio á su esposa y administre sus bienes, no arguye que esa representación se ostente en todos los actos del marido, ni que deje de hacerse constar expresamente en los actos en que válidamente deban ejercitarse:

Y 6º Las leyes 5ª y 9ª, tít. 4º, libro 10 de la Novísima Recopilación y sentencias que se citaban en el fallo recurrido, puesto que no podían tener aplicación al caso, porque definían los bienes gananciales y los efectos de la renuncia de esos bienes por parte de la mujer, y era notorio por la escritura de descripción de bienes que cuando se liquidó la sociedad conyugal de D. Facundo Calleja y su mujer, lejos de resultar gananciales, no hubo bienes para cubrir las distintas aportaciones de la mujer:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los motivos 1º, 2º y 3º, puesto que no niega al recurrente la calidad y privilegios de dueño con título inscrito de las fincas embargadas, ni le priva de su dominio y posesión contra su voluntad y sin aviso con toda la solemnidad de un juicio, sino que considerándole sucesor en las obligaciones de la persona de cuya herencia derivan aquellos bienes, absuelve al ejecutante de la demanda en que á título de dueño solicitaba que se alzase el embargo puesto en ellos para hacerlos efectivos:

Considerando que tampoco infringe la ley 17, tít. 11, Partida 4ª, citada en cuarto lugar, que trata de los bienes parafernales y sin privilegios con relación al marido, porque la sentencia no condena á pa-

gar con bienes de esta clase deudas declaradas como propias de D. Facundo Calleja, sino deudas que la Sala sentenciadora considera á cargo de Doña Angela María Mochales, hoy su heredero parte recurrente, por haberse tratado de sus intereses en el pleito en que recayó la condena de costas, orígen de la obligación:

Considerando, por último, que no son de estimar los motivos 5° y 6°, porque además de dirigirse contra los razonamientos del fallo y no á su parte dispositiva, el recurso de casación no debe fundarse en leyes y doctrinas que el mismo recurrente califica de inaplicable á las cuestiones del pleito, pues como tiene declarado este Tribunal Supremo faltan en tal caso las condiciones lógicas indispensables para que la infracción hubiera podido efectuarse y pueda prosperar el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ildefonso Calleja y García, á quien condenamos por razon de depósito al pago de la sexta parte de la cantidad objeto del litigio que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces en la forma prevenida por la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la oportuna certificación, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido. —(Sentencia publicada el 10 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

50

Recurso de casación (10 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —CUMPLIMIENTO DE UN CONVENIO.—No ha lugar al interpuesto por Don Gabriel García con D. Antonio Dupré (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

1° *Que la apreciación del resultado de las pruebas corresponde á las Salas sentenciadoras, y á ella ha de estarse para los efectos del recurso de casación, si no se demuestra que al hacerla han incurrido en error de derecho ó en error de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos de que aparezca la equivocación evidente del juzgador:*

2° *Que las declaraciones singulares prestadas en el pleito no son los actos auténticos á que se refiere el núm.* 7° *del art.* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil;*

Y 3° *Que no habiéndose acreditado la existencia del convenio cuyo cumplimiento se pretende, son inaplicables y no han podido ser infringidas las leyes y doctrinas que determinan que los contratos son ley para los contratantes y sus causa habientes y que de cualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse á otro queda obligado, puesto que como base indispensable la existencia de un contrato ó de una obligación falta exigible.*

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Febrero de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Plaza de la ciudad de Valladolid y en la Sala de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por D. Antonio Dupré y Martínez, vecino de esta capital, ayudante de obras públicas, como marido de Doña Clotilde López Berges y apoderado de Doña Felipa García, ésta por sí y en representación de su hija menor Doña María López García, con D. Gabriel García Camuesco, vecino de Valladolid, sobre cumplimiento de un convenio; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de García Camuesco

por el Procurador D. Gil Barrasa, bajo la Dirección del Licenciado Don José María Vallejo, habiendo representado y defendido á D. Antonio Dupré el Procurador D. Juan Guerrero Brea y el Licenciado D. Vicente Romero Girón;

Resultando que en 11 de Abril de 1881 dedujo demanda D. Gabriel García y expuso: que había estado al frente de un comercio de ferretería durante algunos años en sociedad con D. Domingo López, vecino que fué de Madrid, quien como socio capitalista aportó á la Sociedad la cantidad de 160.000 rs. y el D. Gabriel como socio industrial; que después que se hizo liquidación de dicha Sociedad en 27 de Setiembre de 1875, en cuya liquidación resultaron utilidades en los tres años en que trabajó aquélla, correspondiendo percibir al D. Domingo por su capital y utilidades 209.579 rs. 76 cénts. ó sean 52.394 pesetas 74 céntimos, y al García 49.318 rs. 30 cénts. ó sean 10.079 pesetas 58 céntimos; el D. Domingo López dejó en poder del García el importe de aquella cantidad en el concepto de préstamo con el interés correspondiente, otorgándose una escritura pública en el citado día y año, en la que se fijó el día 30 de Setiembre de 1880 para la devolucion de aquella cantidad; que el D. Gabriel García continuó solo en sus operaciones, y á causa de las pérdidas que sufriera, resolvió convocar á sus acreedores á fin de liquidar, señalando para ello el día 10 de Abril de 1880; que celebrada la junta, los acreedores decidieron y acordaron que continuara el García trabajando, reconociendo la preferencia del crédito escriturado de D. Domingo López por los 120.000 rs. la espera de los demás acreedores por sus créditos, recibiendo cada uno doce pagarés vencederos á fin de cada mes del año 1881, y que D. Domingo comenzaría á cobrar su crédito desde Enero de 1882, después de cubiertos los demás créditos con absoluta libertad en D. Gabriel para señalar plazos y cantidades en que había de pagar á aquél; que próximas á cumplirse las obligaciones impuestas al demandante en virtud del acuerdo tomado en dicha junta, y habiendo fallecido D. Domingo García, se avistó con la viuda Doña Felipa García, con D. Antonio Dupré y su esposa Doña Clotilde, hija del D. Domingo, y le prometieron una solución satisfactoria tan luego como concluyesen las cuentas de testamentaría, en lo que estuvo conforme el testamentario D. Fernando García Laviano; y que en virtud de nuevas gestiones del demandante García Laviano, pasó á Valladolid siendo portador de una carta que la viuda Doña Felipa García, D. Antonio Dupré y su esposa Doña Clotilde López firmaron en 19 de Febrero de 1881 dirigieron á D. Gabriel, en la que autorizaban á D. Fernando García Laviano para acordar con aquél lo que más conviniera á los intereses de ambos, dando su completo consentimiento á lo que acordaron; y enterado el García Laviano del estado de los negocios del demandante, regresó á Madrid y le dirigió una carta en 27 de dicho mes diciéndole convocase á los acreedores á una reunión amistosa general para el 15 de Marzo, lo que así practicó García por medio de circular, verificándose la junta, á la que acudieron unos acreedores personalmente y por medio de autorización otros, y por la viuda y herederos de D. Domingo López lo hizo el referido D. Fernando García Laviano; que después de exponerles D. Gabriel la situación de la casa, aquél manifestó no tenía inconveniente, en nombre de sus comitentes cuyos intereses representaba, en tomar bajo su responsabilidad cuantas obligaciones y derechos tenía el D. Gabriel, ofreciendo pagar al contado los créditos de los acreedores comunes por

cuenta corriente con el 90 por 100 de rebaja si así lo aprobaban las partes en ello interesadas, y en su totalidad á los acreedores privilegiados por depósito, con otros ofrecimientos que se consignaron, cuyas proposiciones aceptaron y convinieron algunos acreedores, reservándose otros consultar á sus comitentes dándose por terminada la junta, cuya acta se extendería por escrito: que en prueba de que Laviano contrajo dichas obligaciones en nombre de sus comitentes se podía añadir que en el mismo día se presentó uno de los acreedores con los pagarés expedidos en virtud de convenio de 10 de Abril de 1880, y de acuerdo con el Laviano le fueron admitidos y en el acto le fueron pagados por D. Gabriel García pocos días después al tipo convenido en la junta de 15 del mes de Marzo con los fondos de la casa que existían en su caja; que vuelto á Madrid el Laviano dirigió al D. Gabriel el 19 del mismo mes de Marzo una carta, en que le comunicó el desistimiento de lo convenido por parte de sus comitentes por las razones que en ella se expresan, reservándose los derechos de que se creían asistidos para reclamar sus créditos. Y después de alegar varias consideraciones de derecho, concluyó solicitando que se condenase á Doña Felipa García, viuda de D. Domingo López, y á D. Antonio Dupré y su esposa Doña Clotilde López, hija del D. Domingo: primero, á que eleven á escritura pública la obligación que en su nombre conlrajo en la junta de acreedores del 15 de Marzo de 1881, un encargado y representante de D. Fernando García Laviano: segundo, á que en conformidad á dicho convenio se haga cargo de las existencias y crédito del almacén de Don Gabriel García, sito en la ciudad de Valladolid, calle de Santander, número 6, constituyéndose en la misma personalmente ó por persona autorizada al efecto: tercero, á que recojan desde luego lo pagarés pendientes que los acreedores en cuenta corriente del D. Gabriel recibieron por virtud del convenio de 10 de Abril de 1880, con el descuento de 90 por 100; cuarto, que recogiesen también los pagarés de los dos acreedores que no asistieron á la última junta, pagándoles su crédito sin descuento si no acreditaban á lo convenido por los demás: quinto, á que pagasen sin descuento los créditos privilegiados procedentes del depósito enunciado, rentas de casa, contribuciones, costas y gastos de los juicios que se deben y que constan en la nota que le fué entregada al D. Fernando García Laviano, y que por alguno de éstos pende un embargo de efectos del almacén; sexto, á que pagasen y abonasen los daños, perjuicios y costas causadas y que se causaren por el incumplimiento de lo convenido, sobre todo, lo que proponía contra dicha Doña Felipa García, D. Antonio Dupré y Doña Clotilde López la demanda ordinaria de mayor cuantía por acción personal, con las protestas ordinarias.

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Felipa García, viuda de D. Domingo López, y á D. Antonio Dupré y su esposa Doña Clotilde López, á cuyo efecto se libró el oportuno exhorto al Juez decano de los de primera instancia de Madrid al presentarle cumplimentado al Procurador del demandante en vista de haber dejado transcurrir los demandados el término que se concedió para contestar á la demanda, les acusó la rebeldía; personándose en los autos los demandados después de haber tenido por contestada la demanda, á los que se les tuvo por parte en el estado que tenían los autos:

Resultando que renunciado el trámite de réplica por el actor, se recibió el pleito á prueba, practicándose la propuesta por las partes; y

se unió una carta firmada por Doña Felipa García, Doña Clotilde López García y el esposo de ésta D. Antonio Dupré dirigida á D. Gabriel García Camuesco en 19 de Febrero de 1881, en la que le dicen autorizaban al portador D. Fernando García Laviano para que en vista de los antecedentes, datos que le facilite sobre el estado actual y marcha sucesiva que pudiera prometerse de su casa comercio, y atendido el orígen, procedencia del crédito que representaban, acordase el Don Gabriel y García Laviano lo que más conviniese á los intereses de uno y otro; esperando que así lo haría D. Gabriel consecuente con las disposiciones que les manifestó en su última entrevista, como justo tributo de consideración rendida á la buena memoria del finado, y confiando llegarían sin dificultad al mejor acuerdo que pusiera á salvo sus intereses, en la seguridad de que de lo que así acuerden tendrá su completo asentimiento; carta que fué reconocida por los firmantes, si bien después García Laviano negó que tuvieran carácter definitivo sus proposiciones, ni estuviera apoderado para ello, lo cual confirmaron la viuda é hijos del D. Domingo López:

Resultando que unidas las pruebas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpusieron apelación los demandados, y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por sentencia de 30 de Junio de 1882 revocando la apelada, absolvió de la demanda á Doña Felipa García y D. Antonio Dupré como marido de Doña Clotilde López García en el pleito promovido por D. Gabriel García sobre cumplimiento del convenio que supone celebrado á su nombre por D. Fernando García Laviano, sin hacer especial condenación de costas de ambas instancias:

Resultando que D. Gabriel García Camuesco interpuso recurso de casación, por haberse en su concepto infringido:

1° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, porque el fallo no dá validez legal al mandato conferido á D. Fernando García Laviano en carta firmada por los demandados y reconocida por los mismos en el período de prueba ser suyas las firmas y cierta la carta y les absolvía de la demanda suponiendo precisa para que tenga valor jurídico el mandato, escritura pública en abierta oposición con lo preceptuado en la indicada ley y en muchas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, la de 7 de Mayo de 1867, según la que queda el hombre obligado en cualquiera manera que aparezca que quiso obligarse:

2° La doctrina establecida por sentencia de este Tribunal Supremo de 1° de Octubre de 1875 por los mismos razonamientos expuestos en el anterior motivo, toda vez que esa sentencia consigna clara y terminantemente la validez legal de una obligación contraída por carta, haciendo aplicación del principio contenido en la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación:

3° La ley del contrato convenio habido en la junta de acreedores del García en Valladolid el día 15 de Marzo de 1881, puesto que solicitándose en la demanda el cumplimiento de lo allí convenido y la realización de las obligaciones contraídas por el Laviano en nombre de los demandados, absolvia á éstos de la demanda el fallo recurrido:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la apreciación del resultado de las pruebas corresponde á las Salas sentenciadoras, y á ella ha de estarse para los efectos del recurso de casación, si no se demuestra que al hacerla han

incurrido en error de derecho ó en error de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos de que aparezca la equivocación evidente del juzgador:

Considerando en el caso concreto de este pleito que las declaraciones singulares que en él prestaron la viuda de Arrese y D. Fernando García Laviano, único fundamento de la impugnación por error de hecho que contra la apreciación de las diversas pruebas sostiene el recurrente, no son los actos auténticos á que se refiere el núm. 7° del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni menos los únicos datos de justificación que la Sala sentenciadora ha combinado para formar su juicio:

Considerando que cualquiera que sea el que acerca de la carta reconocida de 19 de Febrero de 1881 haya expresado la Sala sentenciadora accidentalmente en uno de los fundamentos de la sentencia, no afecta á la validez de la parte dispositiva de la misma que se apoya en que el recurrente no ha probado que en la junta de acreedores de Don Gabriel García celebrada en 15 de Marzo siguiente hubiese quedado acordado el convenio cuyo cumplimiento se pretende, por cuya razón son aplicables y no han podido ser infringidas las leyes y doctrinas que en el recurso se citan, según las cuales los contratos son ley para los contratantes y sus causa habientes, y de cualquiera manera que uno quiso obligarse á otro queda obligado, puesto que falta como base indispensable la existencia de un contrato ó de una obligación exigible;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Gabriel García Camuesco, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Valladolid, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada en 10 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

51

Competencia (12 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE CANTIDAD.—Se decide á favor del Juzgado municipal del distrito del Hospital de Madrid la suscitada con el de igual clase de Almodóvar del Campo sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Antonio Ardura contra D. Dámaso Sendarrubias, y se resuelve:

1° *Que según el art.* 62 *de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación*;

Y 2° *Que donde se elaboró el objeto contratado debe abonarse su precio, si nada se ha pactado en contrario.*

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Febrero de 1883, en los autos de competencia que ante Nos penden, promovidos entre los Jueces municipales de Almodóvar del Campo y del distrito del Hospital de esta corte acerca del conocimiento de la demanda deducida en juicio verbal por D. Antonio Ardura contra D. Dámaso Sendarrubias sobre pago de 175 pesetas:

Resultando que D. Antonio Ardura Jorgados, vecino de esta corte, de profesión cerrajero, demandó en juicio verbal ante el Juez municicipal del distrito del Hospital á D. Dámaso Sendarrubias, vecino de Almodóvar del Campo, sobre pago de 175 pesetas, procedentes de una

máquina y una columna de hierro que Sendarrubias le mandó construir:

Resultando que librado el correspondiente oficio al Juez municipal de Almodóvar del Campo para la citación de D. Dámaso Sendarrubias, acudió éste á dicho Juez pidiendo que, declarándose competente para conocer del juicio, requiriera de inhibición al de esta capital, fundándose para ello en que no habiendo lugar designado para el cumplimiento de la obligación que el demandante pretendía tener en el demandado, y estando éste domiciliado en dicha ciudad de Almodóvar del Campo, el Juez de la misma era el único competente para entender en el juicio, conforme á lo dispuesto en la regla 1ª del art 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que el demandante ejercitaba una acción personal:

Resultando que el Juez municipal de Almodóvar del Campo, después de oir al Fiscal, y de conformidad con lo propuesto por el mismo, accediendo á la pretensión deducida por Sendarrubias, dispuso dirigir oficio al Juez municipal del distrito del Hospital de esta corte, requiriéndole para que se inhibiera del conocimiento del juicio, teniendo en consideración para ello que según las leyes 46, tít, 28, Partida 3ª, y 28, tít. 15, Partida 5ª, allí donde el vendedor debe entregar la cosa el comprador está obligado á hacer la entrega del precio, á no mediar pacto en contrario, y por consiguiente aquél es el lugar en que la obligación debe cumplirse: que tratándose del ejercicio de una obligación personal compete el conocimiento del juicio al Juez del lugar en que la obligación deba cumplirse, ó en su defecto al del dominio del demandado, según la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que recibido por el Juez de esta corte el requerimiento de inhibición, y dada instrucción al demandante, manifestó que no estaba conforme con aquél por haberse hecho el contrato en esta capital en el taller del demandante, quedando en que hiciera la máquina y columna, y una vez hecha la factura se la remitiera, y á su vez mandaría su importe: que el contrato le presenciaron tres testigos que señaló, y suplicó al Juzgado se declarase competente para conocer de la demanda, por haberse hecho el contrato en esta corte y tratarse de una acción personal: que oído el Fiscal municipal, que propuso que el Juzgado se declarase competente, dictó auto el referido Juez del distrito del Hospital, que se declaró competente para conocer del negocio, teniendo en consideración para ello que la acción ejercitada es personal, y que en tal caso el demandante puede demandar á su elección en el domicilio del demandado ó en el lugar convenido en el contrato: que el lugar donde debía verificar el pago el demandado lo era en esta corte, y precisamente en el taller del demandante; y vistos los artículos 82, 85, 86 y 87 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que puesta aquella resolución en conocimiento del Juez de Almodóvar del Campo, insistió en la inhibición requerida; y en su consecuencia uno y otro elevaron á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín José Cervino:

Considerando que, según el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación:

Considerando que no sólo es personal la acción intentada por Ardura, sino que en el taller del mismo se verificó el contrato de cons-

trucción de máquina encargada por sendarrubias, y remitida por aquél á éste; siendo por tanto consiguiente que donde se elaboró el objeto contratado deba abonarse su precio, puesto que nada se ha pactado en contrario;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la presente demanda corresponde al Juzgado municipal del distrito del Hospital de esta corte, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho: poniéndose esta resolución en conocimiento del de Almodóvar del Campo; siendo el pago de las costas respectivamente de cada una de las partes.—(Sentencia publicada el 12 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 1° de Marzo del mismo año.)

52

Recurso de casación (12 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—REIVINDICACIÓN DE TERRENOS.—No se admite el interpuesto por Pascual Guarch y consortes con el Ayuntamiento de Zorita (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que conforme á lo prevenido en el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrados de oficio Abogado y Procurador al que litiga como pobre, y entregada al Procurador la certificación de la sentencia, debe presentarse el recurso de casación firmado por ambos en término de 20 días; y que no verificándolo dentro de dicho plazo no puede admitirse el recurso según determina el núm. 1° del art. 1729 de la referida ley.

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia de Morella y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por el Ayuntamiento de Zorita contra Pascual Guarch y otros vecinos del mismo pueblo sobre reivindicación de ciertos terrenos dados en arrendamiento; y dictada sentencia por dicha Sala, por parte de los demandados se pidió, con objeto de interponer recurso de casación por infracción de ley, se expidiera certificación del fallo y se remitiese de oficio á este Tribunal Supremo en consideración á defenderse aquellos en concepto de pobres:

Resultando que así acordado, y recibida en el Tribunal la certificación se nombraron á Guarch y consortes Abogado y Procurador de oficio, mandándose en providencia de 15 de Diciembre último, notificada en el mismo día entregar los autos al Procurador por el término y para los efectos de la ley; y habiéndolos tomado los devolvió en 15 de Enero con escrito formulando recurso de casación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que conforme á lo prevenido en el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrando de oficio Abogado y Procurador al que litiga como pobre, y entregada al Procurador la certificación de la sentencia debe presentarse el recurso de casación firmado por ambos en término de 20 días; que no verificado dentro del término de dicho plazo no puede admitirse el recurso según determina el núm. 1° del art. 1729 de la referida ley:

Considerando que entregados los autos al Procurador de los recurrentes en virtud de la providencia de 15 de Diciembre al devolverlos, formulando el recurso de casación en 15 de Enero, lo hizo fuera del término señalado por la ley;

No ha lugar con las costas á la admisión del recurso de casación

por infracción de ley interpuesto á nombre de Pascual Guarch y consortes contra la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia: comuníquese á la misma esta resolución para los efectos legales correspondientes; y publíquese en la *Gaceta* é insértese en la *Colección legislativa*, pasándose para ello las copias necesarias. —(Sentencia publicada el 12 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

53

Recurso de casación en la forma (*12 de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—Desahucio.—No ha lugar al interpuesto por Doña Petra Gutiérrez Gil con D. Juan Lorenzo Ayala (Audiencia de las Palmas), y se resuelve:

1° *Que si bien es cierto que según el art.* 1586 *de la ley de Enjuiciamiento civil es admisible en segunda intancia la prueba que propuesta en la primera no pudo practicarse, lo es también que tanto el demandante como el demandado, conforme al art.* 504 *de la misma ley, están obligados á presentar los documentos en que funden su derecho; y si no los tuvieren á disposición, á designar el archivo ó lugar en que se encuentren los originales:*

Y 2° Que si la demandada, hoy recurrente, ha prescindido por completo de tan indispensable requisito, ha impedido por consiguiente que se practique su prueba con oportunidad y hacen inaplicable al caso de autos la sanción del art. 1586 *antes citado, no existiendo, por lo tanto, la falta citada en el recurso.*

En la villa y Corte de Madrid, á 12 de Febrero de 1883, en los autos que ante Nós pende en vitud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguidos en los Juzgados municipal y de primera instancia de la ciudad de Las Palmas por D. Juan Lorenzo Ayala, vecino de dicha ciudad, representado por el Procurador D. Daniel Doze, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos, con Doña Petra Gutiérrez Gil, de la propia vecindad, representada y defendida por el Procurador D. Juan Hernández Baura y el Licenciado D. Juan Alvarado sobre desahucio:

Resultando que por escritura otorgada en 22 de Abril de 1882, Don Juan Bautista Ripoche vendió á D. Juan Lorenzo Ayala, en precio de 13.125 pesetas que confesó tener recibidas del comprador, una casa sita en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, calle de la Cuna, ó de Santo Domingo, señalada con el núm. 23, expresando que la finca le pertenecía por compra hecha á Doña Petra Gutiérrez y Gil, según escritura de 27 de Setiembre de 1875, y que en el día se hallaba libre de todo gravamen:

Resultando que en 16 de Octubre de 1880 D. Juan L. Ayala demandó á Doña Petra Gutiérrez ante el Juez municipal de la ciudad de Las Palmas para que le dejase libre y á su disposición la referida casa, perteneciente al actor, fundado en que había espirado el plazo de 30 días que correspondían á los que tenían una finca en precario sin pagar merced alguna, y aun los 40 que deben darse de aviso, con arreglo á la costumbre general establecida, según lo acreditaba la certificación que acompañaba; que convocadas las partes á juicio verbal, que tuvo efecto en los días 26 de Octubre de 1880 y 31 de Enero de 1881, Ayala reprodujo su demanda, y por parte de Doña Petra Gutiérrez se propuso

la excepción dilatoria de litis pendencia, fundada en que en el Juzgado de primera instancia existía demanda sobre desahucio de la propia finca interpuesta por D. Juan Bautista Ripoche contra Doña Petra, cuya demanda se hallaba paralizada por no haberla instado el demandante· el actor solicitó se desestimase la excepción alegando que no era admisible en este juicio, y que aun siéndolo no había identidad de personas, cosas y acciones, toda vez que los actores son distintos, y su derecho lo apoyaba en la escritura de venta, y estaba seguro que el desahucio de Ripoche se fundaría en otras razones:

Resultando que la excepción se sustanciará en clase de perentoria, y continuando el juicio verbal el apoderado de Doña Petra Gutiérrez pidió se absolviera á ésta de la demanda, porque D. Juan Bautista Ripoche no había podido vender al demandante la casa en cuestión sin consultar la voluntad de la Doña Petra, pues según el documento privado de 27 de Setiembre de 1875 que producía Ripoche, se obligó á vender á la demandada ó á la persona que ella designase, sin exhibir precio alguno, dicha casa con tal que satisficiese la cantidad que le adeudara, y le abonase lo que pagase á cuenta de las responsabilidades que afectaran á la finca obligándose entre tanto Ripoche á dejarle la casa en inquilinato, sin alquiler, como así había venido hasta el presente:

Resultando que recibido el juicio á prueba, la demandada pidió se librase suplicatorio al Juzgado de primera instancia del partido para que se le expidiese testimonio de lo que se le señalase del juicio de desahucio seguido por D. Juan Bautista Ripoche contra la Doña Petra Gutiérrez, el actor solicitó asimismo suplicatorio para que de los propios autos se le diese certificación de lo que señalara; y el Juez accedió á lo solicitado por ambas partes; y la demandada produjo en parte de su prueba el documento privado de que se ha hecho mérito de 27 de Setiembre 1876, firmado al parecer por D. Juan Bautista Ripoche, y pidió que ésta reconociera la firma; á lo que también accedio el Juez, y citado por dos veces Ripoche para el reconocimiento, no compareció:

Resultando que por no haberse cumplimentado los suplicatorios expedidos á instancia de las partes durante el término de prueba, ambas solicitaren que para mejor proveer se trajeran los testimonios pedidos, á cuya pretensión accedió el Juez mandando se expidieran suplicatorios para que en el término de seis días los presentasen cumplimentados, que puestos y entregados los suplicatorios por Doña Petra Gutiérrez, se reportó sin cumplimentar porque según aparecía de las diligencias practicadas no se hallaban los autos en el Juzgado de primera instancia; y exponiendo que la demandada no debía quedar privada de un recurso probatorio por causa completamente ajena de su voluntad, pidió se librase suplicatorio al Presidente de la Audiencia á fin de que por la Secretaría se expidiese cierto testimonio para que en su vista solicitar lo que procediera, señalando para ello el término prudencial que el Juzgado estimase necesario:

Resultando que por auto de 9 de Noviembre de 1881 el Juez municipal declaró no haber lugar á la petición de Doña Petra Gutiérrez, y mandó que se unieran á los autos los documentos presentádos por ambas partes; y en 12 del mismo mes dictó sentencia, por la que, desestimando la excepción de litis pendencia y demora propuestas por la demandada, declaró haber lugar al desahucio, condenando á la misma á que dentro de los ocho días siguientes al en que esta sentencia causase

ejecutoria dejase libre y á disposición del actor la finca objeto del desahucio, reservando á la propia demandada su derecho contra D. Juan Bautista Ripoche para que lo deduzca en la forma y ante quien haya lugar; y mandó desglosar de los autos el documento privado de 27 de Setiembre de 1875, sin dejar en ellos nota ni antecedente alguno, y que se entregara á la parte que lo presentó:

Resultando que admitida la apelación que interpuso Doña Petra Gutiérrez Gil del auto del 9 y sentencia del 12 de Noviembre se remitieron los autos al Juzgado de primera instancia, y convocadas las partes á una comparecencia la apelante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1586 de la moderna ley de Enjuiciamiento civil solicitó el recibimiento á prueba para practicar la que propuesta en primera instancia no llegó á verificarse por causas completamente ajenas á su voluntad, consistente en la declaración de D. Juan Bautista Ripoche para que reconociera el documento privado, y en el suplicatorio que también solicitó en primera instancia se dirigiera al Juzgado para que se le diera testimonio de lo que señalase de la demanda de desahucio interpuesta por D. Juan Bautista Ripoche contra Doña Petra Gutiérrez, y después para la Audiencia, y opuesto á dicha pretensión D. Juan L. Ayala se dió el acto por terminado:

Resultando que en 1° de Diciembre de 1881 el Juez de primera instancia dictó sentencia confirmando el auto y sentencia apelados, con las costas á Doña Petra Gutiérrez, y declarando no haber lugar á la prueba solicitada por parte de la misma:

Resultando que Doña Petra Gutiérrez Gil interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 3° del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil por haberse declarado no haber lugar al recibimiento á prueba solicitado por la recurrente en la segunda instancia, á causa de no haberse podido practicar por causas independientes y ajenas á su voluntad la que propuso en primera instancia. Por un otrosí protestó interponer en su caso y lugar el recurso de casación por infracción de ley:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que si bien es cierto que según el art. 1586 de la ley de Enjuiciamiento civil es admisible en segunda instancia la prueba que propuesta en la primera no pudo practicarse, lo es también que tanto el demandante como el demandado, conforme al art. 504 de la misma ley, están obligados á presentar los documentos en que fundan su derecho; y si no los tuvieren á disposición á designar el archivo ó lugar en que se encuentren los originales:

Considerando que Doña Petra Gutiérrez Gil, hoy recurrente, ha prescindido por completo de tan indispensable requisito, ha impedido por consiguiente que se practique su prueba con oportunidad y hacen inaplicable al caso de autos la sanción del art. 1586 antes citado, y no existiendo, por lo tanto, la falta citada en el recurso:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Doña Petra Gutiérrez Gil, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese á su tiempo la correspondiente certificación al Juzgado de primera instancia de Las Palmas.—(Sentencia publicada el 12 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

54

Recurso de casación (13 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.* —NULIDAD DE UNAS ESCRITURAS.—No se admite el interpuesto por Don Florentín Pisa con D. Juan Escamilla (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

1º *Que el término para interponer el recurso de casación, es el de cuarenta días improrrogables, contados desde la entrega de la certificación á la parte que se proponga utilizarlo, con arreglo á lo dispuesto en el art.* 1716 *de la ley de Enjuiciamiento civil*;

Y 2º *Que el transcurso de dicho término es causa según lo dispuesto en el* 1729, *párrafo primero, para impedir su admisión.*

Resultando que dictada sentencia por la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza en autos procedentes del Juzgado de primera instancia de Sariñena, seguidos por D. Juan Escamilla y Samperiz contra D. Florentín Pisa sobre nulidad de unas escrituras, le fué entregada á éste en 4 de Diciembre último la certificación correspondiente para interponer recurso de casación en el fondo:

Resultando que D. Florentín Pisa presentó en este Tribunal Supremo el escrito interponiendo el recurso en 26 de Enero, ó sea á los cuarenta y un días útiles de la fecha en que le fué entregada certificación:

Siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín José Cervino:

Considerando que el término para interponer tal recurso es el de cuarenta días improrrogables, contados desde la entrega de la certificación á la parte que se proponga utilizarlo, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1716 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Y considerando que el transcurso de dicho término es causa según lo dispuesto en el 1729, párrafo primero, para impedir su admisión:

Se declara no haber lugar á admitir el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D Florentín Pisa, á quien se condena al pago de las costas: líbrese á la Audiencia de Zaragoza certificación de este auto con devolución del apuntamiento remitido; y publíquese en la *Gaceta* y en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada en 13 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

55

Recurso de casación (14 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*— JACTANCIA.—No se admite el interpuesto por D. Simón de Aguirre con D. José García Sueza y otros (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

1º *Que según el núm.* 1º *del art.* 1689 *de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, sólo ha lugar al recurso de casación contra las sentencias definitivas; y que con arreglo á igual número del artículo siguiente,* 1690, *únicamente pueden tener tal concepto de definitivas las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación*;

Y 2º *Que no es definitiva ni tiene el carácter de tal, la sentencia que está reducida á confirmar la apelada, en que se desestimó la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, sostenida por el demandado y se le mandó que se le entregaran de nuevo los autos para contestar la demanda; pues que dicha sentencia, lejos de poner término al pleito ni*

hacer imposible su continuación, la facilita; y por consiguiente el recurso de casación por infracción de ley que á ella se refiere es inadmisible conforme á lo dispuesto en el núm. 3° *del art.* 1729 *de la citada ley.*

Resultando que en 4 de Agosto de 1880, D. Simón de Aguirre Aldaiturriaga dedujo demanda de jactancia ante el Juzgado de primera instancia de Totana, para que se condenara á D. José García Sueza, D. Antonio Sáez Mateos, y D. Enrique Rivera Castillo, como marido de Doña María Sáez Mateos, á entablar contra él la acción correspondiente dentro del término que se les señalara, ó en otro caso se les impusiera perpetuo silencio, por andar propalando en el distrito municipal de Mazarrón, que trataban de perturbarle, así como á sus consocios, en el disfrute de la mina titulada *Impensada*, antes *Corpus Christi*, sita en el expresado término:

Resultando que en 6 del propio mes de Agosto el D. José García Sueza, como cesionario de los derechos de D. Antonio y Doña María Sáez Mateos, interpuso demanda contra D. Simón de Aguirre, por sí y como Gerente de la Sociedad denominada *Compañía de minas y fundiciones de Escombreras*, pretendiendo que se declarase nulo y de ningún valor ni efecto el contrato, por el cual D. Ginés Sáez Acosta vendió sin ser dueño de ella, al D. Simón la mina *Corpus Christi*, antes *Centinela* y *San Bruno*, sita en el barranco de la Totanera, término municipal de Mazarrón, y en su virtud se compeliese, condenase y apremiase en su caso al Aguirre y á la Compañía de minas y fundición de Escombreras á entregarle dos terceras partes iguales de la mina denominada con el nombre de *Corpus Christi* y existente en la actualidad con el de *Impensada*, á la vez que los dividendos activos correspondientes á las mismas desde el día en que está en riqueza y al pago de las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Simón de Aguirre, al evacuarle promovió artículo de previo y especial pronunciamiento, utilizando la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, exponiendo en su apoyo que por la demanda se ejercitaba tan sólo una acción personal en cuanto se refería al Aguirre, en cuya atención el Juzgado de Cartagena, y no el de Totana, era competente para conocer de la misma por ser el de su domicilio y además el del lugar en donde se otorgó la escritura cuya nulidad se pretendía con arreglo al párrafo tercero, art. 5° de la ley de Enjuiciamiento civil y regla 1.ª del art. 308 de la ley sobre organización del Poder judicial; y en su virtud pidió se inhibiera el Juzgado en favor del de Cartagena; que oída la parte actora se opuso á la solicitud del Aguirre, y sustanciado en forma el incidente el Juez de primera instancia de Totana, por sentencia de 29 de Noviembre de 1880, declaró no haber lugar á lo pretendido por parte de D. Simón Aguirre, condenándole en las costas; y mandó se le entregaran nuevamente los autos para que contestase á la demanda dentro del término legal:

Resultando que confirmada con las costas dicha sentencia, por la que en 8 de Junio de 1881 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, D. Simón de Aguirre y Aldaiturriaga interpuso ante este Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, citando al efecto las que á su juicio lo habían sido; y oído el Sr. Fiscal, se opuso á la admisión del recurso:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que, según el núm. 1° del art. 1689 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, sólo ha lugar al recurso de casación contra las sentencias definitivas, y que con arreglo á igual número del artículo siguiente, 1690, únicamente pueden tener tal concepto de definitivas las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete en 8 de Junio de 1881, y que da origen al recurso de que se trata, no es definitiva ni tiene el carácter de tal, pues que está reducida á confirmar la apelada del Juzgado de Totana, en que se desestimó la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, sostenida por el demandado en favor del de Cartagena, como de su domicilio, y se le mandó que se le entregaran de nuevo los autos para contestar la demanda; por lo que se demuestra que dicha sentencia, lejos de poner término al pleito ni hacer imposible su continuación, la facilita, y por consiguiente que el recurso de casación por infracción de ley que á ella se refiere es inadmisible conforme á lo dispuesto en el núm. 3° del art. 1729 de la citada ley y en los demás de que se ha hecho mención;

Se declara no haber lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. Simón Aguirre y Aldaiturriaga á quien condenamos en las costas, y devuélvasele el depósito que constituyó: líbrese á la Audiencia de Albacete la correspondiente certificación con devolución del apuntamiento: publíquese este auto en la *Gaceta*, é insértese en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada el 14 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

56

Recurso de casación (15 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD DE UNOS CONTRATOS.—No ha lugar al interpuesto por el Ayuntamiento de San Martín de Provensals con D. Joaquín Casas (Audiencia de Barcelona), y se resuelve):

1° *Que según lo prevenido en el art.* 1401 *de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, reproducido en el* 2011 *de la nueva, es necesario licencia judicial para la venta ó enajenación de los bienes inmuebles de menores; y conforme á la legislación común vigente en Cataluña, es nula la enajenación de dichos bienes, hecha por el mismo menor cuando no se llena aquel requisito:*

2° *Que si bien las leyes* 43 *Digesto* De obligationibus et actionibus, *y* 101 *y* 141 *del mismo Código* De verborum obligationibus, *que declaran que el púber puede obligarse, no se infiere de eso que esté autorizado para enajenar bienes inmuebles, cuya limitación se estableció expresamente al conceder al recurrido la administración de los suyos, por lo que la sentencia que declara la nulidad de dicha enajenación no infringe las expresadas leyes, ni la doctrina que establece que los menores púberes que no tienen padre ni curador pueden obligarse válidamente, surtiendo estas obligaciones todos los efectos legales, salvo el beneficio de la restitución* in integrum *que se les concede para reparar el daño que hubiesen sufrido;*

Y 3° *Que tampoco infringe las leyes* 2ª, *Código libro* 2° Si major factus ratum habuerit *y* 30 *Digesto* De minoribus, *ni los principios de*

derecho Ratihabitio expresa vel tacita, de juris est. Non tantum verbis ratum habere potests, sed etian actus Ratihabitio retro habitur ad initium, *puesto que ni directa ni indirectamente ha ratificado en su mayor edad la enajenación que el recurrido hizo cuando era menor*, no *determinando tal ratificación la cobranza del censo que independientemente de la enajenación tenía derecho á realizarla, ni el haberse sujetado á las nuevas condiciones para la edificación, lo cual no era acto de su libre voluntad*:

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pedro de Barcelona y en la Sala de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad por D. Joaquín Casas y Jover, fabricante y propietario, vecino de la misma, y en su nombre el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Licenciado D. Rómulo Mascaró, con el Ayuntamiento de San Martín de Provensals, representado por el Procurador D. Angel Calvo, dirigido por el Licenciado D. Enrique Roger, y con los herederos de D. Esteban Sitjar, que no han comparecido, sobre nulidad de unos contratos:

Resultando que D. Joaquín Casas y Jover, que nació en 2 de Diciembre de 1843, obtuvo en 16 de Agosto de 1866 Real dispensa para administrar su persona y bienes sin dependencia de curador por resultar justificada su aptitud y disposición para cuidar su patrimonio, así como para que pudiera comerciar y contratar; pero con la condición de no poder enajenar ni obligar los bienes raíces de su pertenencia sin que procediera autorización judicial hasta que no hubiera cumplido los 25 años:

Resultando que proyectada y acordada en 1867 la construcción de una plaza y Casa Consistorial en el pueblo de San Martín de Provensals para cederla luego al Ayuntamiento de la misma en representación del común, se designó como ejecutor del proyecto á D. Esteban Sitjar, propietario del mencionado pueblo, y que formado para ello el plano conveniente quedó emplazada dicha Casa Consistorial y plaza en una porción de tierra de la heredad llamada Torre de San Juan, que en parte era de plena propiedad de D. Joaquín Casas, y en parte se hallaba afecta al dominio directo del mismo por razón de un censo enfitéutico de 88 duros anuales, y que poseían á título de enfiteutas los hermanos D. Pablo y D. Serapio Cardellach:

Resultando que los referidos hermanos por escrituras de 12 de Julio de 1867 vendieron á D. Esteban Sitjar las referidas porciones de terreno en precio, D. Pablo de 3.200 escudos y D. Serapio de 1.800, y en la propia fecha D. Joaquín Casas cedió al propio D. Esteban Sitjar gratuitamente y mediante promesa por parte de éste de cederlo al Ayuntamiento de San Martín de Provensals el dominio y derechos inherentes al mismo que tenía sobre la porción de terreno vendido por los hermanos Cardellach á Sitjar, y además la parte del que lo poseía en pleno dominio, y que según el plano levantado faltaba para completar la plaza acordada:

Resultando que apoyado en estos hechos D. Joaquín Casas y Jover, entabló demanda en 30 de Noviembre de 1872 que dirigió contra Don Esteban Sitjar y el Ayuntamiento de San Martin de Provensals conjuntamente por su respectivo interés é intervención de contratante y poseedor de la cosa, deduciendo de aquellos que las concesiones de te-

rreno y dominio que había hecho eran nulos por su menor edad, puesto que la dispensa que se le concedió contenía la terminante prohibición de toda enajenación, y que en todo caso estarían afectos á la restitución *in integrum* que en subsidio de la acción directa de nulidad invocaba, puesto que no había cumplido todavía los 29 años pidió que previo emplazamiento de D. Esteban Sitjar y del Ayuntamiento de San Martín de Provensals, para que la contestaran dentro del término legal, se declararon en su lugar y caso la nulidad de las concesiones de terrenos, relevación de censo ó derechos dominicales y demás con sus respectivas escrituras, y en su consecuencia, reponer á D Joaquin Casas en la posesión y propiedad del terreno y dominio cedidos, condenando á los poseedores á la dimisión del primero y al pago del censo y demás prestaciones enfiténticas sobre los trozos procedentes de los hermanos Cardellach, con indemnización de perjuicios y condena de costas:

Resultando que por no haberse acompañado la certificación del acto conciliatorio ni los documentos á que la demanda se refería, no se le dió curso, quedando paralizada hasta el 19 de Setiembre de 1878 en que presentó aquéllos, confiriéndose traslado á los demandados:

Resultando que éstos la impugnaron, alegando que Casas contaba en la fecha en que tuvo lugar el contrato la edad de 23 años, y había obtenido dispensa de edad para el ejercicio del comercio, por lo cual no podia alegar su inexperiencia; que el asunto fué tratado con los Abogados respectivos de las partes; que firmaron como testigos el contrato, con lo cual se demostraba la previsión de D. Joaquín Casas y la autoridad del convenio, que no habían aconsejado los Letrados á hallarse destituídos de validez; que D. Esteban Sitjar cumplió las condiciones del contrato, traspasando el terreno al Ayuntamiento, el cual admitió la transferencia, levantando la Casa Consistorial y dejando la plaza á tenor del plano, por lo cual, teniendo las Corporaciones como entidades morales la consideración de menor edad, no cabía la restitución *in integrum*, porque no se concedía á un menor contra otro menor; que desde el momento en que fueron cumplidas por el Ayuntamiento las condiciones del contrato, fué beneficioso para D. Joaquín Casas que adquirió la ventaja de tener una plaza pública al pie de los terrenos de su propiedad, de los cuales no cedía más que una pequeña parte, aumentando el valor de los restantes suyos propios, por la facilidad de dividirlos en solares y venderlos á buen precio, beneficio que no disfrutaban los hermanos de Cardellach, que nada ganaban, por lo cual no era de extrañar que exigieran precio por vía de compensación del terreno de que se desposeían; que el ascensamiento de terrenos hecho por el demandante siendo mayor de edad implicó la ratificación del contrato celebrado siendo menor; que había trascurrido ya el cuadrienio legal para poder aprovechar la restitución *in integrum*, puesto que la demanda que se propuso en 1872 no había sido admitida, y por lo tanto no fué seguida de los emplazamientos, como era indispensable para interrumpir la prescripción; que oponían por tanto las excepciones de falta de acción y de derecho, y en último término la de prescripción; y que para el caso de no ser absueltos de la demanda, reconvenían al demandante para que demoliera todas las construcciones que por sí ó por sus derechos habientes hubiera realizado, siguiendo las líneas y rasantes que se dieron de conformidad con lo convenido, una vez que el emplazamiento de la vía pública había entonces de cambiar, y que serían diferentes las líneas y rasantes oficiales que debieran te-

nerse en cuenta, y se le condenara á abonar el valor de parte de la Casa Consistorial que formando ángulo venía levantada en propiedad de D. Joaquín Casas, y á la indemnización de los daños y perjuicios que de la anulación ó rescisión del contrato se siguiera á los demandados:

Resultando que el actor replicó negando que hubiese confirmado en la mayor edad los convenios celebrados con Sitjar, habiéndose opuesto siempre á ratificarlos definitivamente: que el Ayuntamiento no obtuvo la aprobación de la Autoridad superior para admitir la cesión ó donación que hizo Casas; que éste no cumplía los 35 años hasta el mes de Diciembre de aquel año de 1878 y el emplazamiento á los demandados se hizo en Octubre del propio año: que se había interpuesto la acción de nulidad por los convenios celebrados entre Casas y Sitjar, y sólo subsidiariamente y como recurso supletorio se había deducido la restitución *in integrum*; y por último, impugnó la reconvención, que no es objeto del actual recurso:

Resultando que suministrada prueba por las partes y citados los herederos de D. Esteban Sitjar que no han comparecido, dictó sentencia el Juez de primera instancia que fué confirmada por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 11 de Mayo de 1882, declarando nulas y de ningún valor ni efecto las cesiones de terrenos, condonación ó relevación de censos y demás derechos dominicales otorgados con D. Joaquín Casas en la escritura privada de 12 de Julio de 1867 á favor de D. Esteban Sitjar y en las de escritura de venta de unos terrenos que en la propia fecha y á favor del propio Sitjar otorgaron los hermanos D. Pablo y D. Serapio Cardellach, como asimismo la nulidad de dichas escrituras, debiendo entenderse con respecto á los dos últimos sólo en cuanto á los actos ó enajenaciones verificadas por D. Joaquín Casas, quien debería ser reintegrado en todo lo cedido con motivo de los referidos contratos y repuesto en la posesión del terreno y dominio cedidos á D. Esteban Sitjar, condenando en su consecuencia al Ayuntamiento de San Martín de Provensals ó á sus actuales poseedores á la admisión de aquél y al pago de las pensiones y demás prestaciones enfitéuticas sobre las porciones de terreno que contaba vendido en las referidas escrituras y desde la fecha de las mismas por los hermanos Cardellach á favor de D. Esteban Sitjar, con inclusión del laudemio por dicho traspaso y además que se hubiesen verificado desde dicha época, absolviendo á los demandados de los demás extremos solicitados en la demanda de D. Joaquín Casas, y á éste de la reconvención formulada por aquellos, con reserva al Ayuntamiento del derecho de que se crea asistido respecto á las reclamaciones que son objeto de la misma, el cual podrá utilizar si viere convenirle en la vía y forma procedente:

Resultando que el Ayuntamiento de San Martín de Provensals interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° Las leyes 43 Digesto *De obligationibus et actionibus*, y 101 y 141 del mismo Código *De verborum obligationibus*, que disponen que el hombre *sui juris puber* que está en su juicio se pueda obligar; que el que ha llegado á la pubertad sin estar en la potestad de otro, se puede obligar del mismo modo que si fuese padre de familia, y que los llegados á la pubertad se pueden obligar sin intervención de sus curadores; y el principio de derecho, en virtud del cual, donde la ley no distingue, no es lícito al juzgador distinguir, toda vez que la sentencia

entendía que el menor podía contraer unas obligaciones y otras no, y la ley hablaba de obligaciones generales:

2º La doctrina consignada por este Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Octubre de 1866, contenida en la declaración siguiente: «Según el derecho civil de Cataluña combinado con el Romano y el Patrio, y como emanación de sus prescripciones, especialmente de las contenidas en la ley 1ª, tít. 11, libro 2º, volúmen 2º de las Constituciones del Principado, de las Romanas, 11 Digesto, tít. 9º, libro 27, *De rebus corum qui sub tutela*. Instituciones *De autoritate tutorum*, y con arreglo á la ley 17, tít. 6º, Partida 6ª, y á las que con ellaa concuerdan coadyuvándose entre sí y completándose las unas por las otras; «es doctrina legal admitida por los Tribunales que los menores púberes que no tienen padre ni curador pueden obligarse válidamente, surtiendo estas obligaciones todos los efectos legales, salvo el beneficio de la restitución *in integrum* que se les concede para reparar el daño que hubiesen sufrido;» con arreglo á cuya doctrina no habían podido ser declarados nulos los contratos celebrados por Casas, pudiendo sólo alegarse respecto á ellos la restitución *in integrum* que se había utilizado fuera de tiempo y no había fallado con arreglo á ella la Sala:

3º Las leyes 2ª, Código libro 2º *Si major factus ratun habuerit* y 30 Digesto *De minoribus*, según las cuales el que cumplidos los 25 años de edad ratifica lo hecho durante su minoría, pretende luego inútilmente que sean anulados sus actos;

Y 4º Los principios de derecho *Ratihabitio expresa vel tacita, de juris est. Non tantum verbis ratum habere potests, sed etian actus Ratihabitio retro habitur ad initium*; pues estableciéndose en ellos que la ratificación es de ley y produce sus efectos, tanto si se ha hecho expresa como tácitamente, retrotrayéndose siempre al principio, Don Joaquín Casas había ratificado por medio de los actos realizados en su mayor edad el contrato privado y escrituras públicas de 12 de Julio de 1867:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que según lo prevenido en el art. 1401 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua reproducido en el 2011 de la nueva, es necesario licencia judicial para la venta ó enajenación de los bienes inmuebles de menores, y conforme á la legislación común vigente en Cataluña, es nula la enajenación de dichos bienes, hecha por el mismo menor cuando no se lleva aquel requisito:

Considerando con relación á los motivos 1º y 2º de este recurso que la sentencia no infringe las leyes y doctrinas en los mismos invocadas, porque si declaran que el púber puede obligarse, no se infiere de eso que esté autorizado para enajenar bienes inmuebles, cuya limitación se estableció expresamente al conceder al recurrido la administración de los suyos:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las disposiciones legales citadas en los motivos 3º y 4º, puesto que ni directa ni indirectamente ha ratificado en su mayor edad la enajenación que el recurrido hizo cuando era menor, no determinando tal ratificación la cobranza del censo que independientemente de la enajenación tenía derecho á realizarla, ni el haberse sujetado á las nuevas condiciones para la edificación, lo cual no era acto de su libre voluntad;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Martín de

Provensals, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 15 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

57

Recurso de casación en asunto de Ultramar (15 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—No ha lugar al interpuesto por D. Juan Fernandez Leiva con la Sociedad *Torriente hermanos* y *E. Alkins y Compañía* (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que las leyes* 1ª, 54 *y* 118, *tít.* 18, *Partida* 3ª, *y la* 10, *tít.* 15, *libro* 7° *de la Novísima Recopilación, no declara nulas las obligaciones y contratos otorgados por ante un Escribano ó Notario público que al tiempo de recibir autorización para ejercer la fe pública sea menor de* 25 *años, ni comprenden esta circunstancia de carácter meramente administrativo entre las falsedades ó menguas que vician las escrituras:*

2° *Que el recurso de casación no puede fundarse útilmente en leyes y doctrinas referentes á cuestiones no discutidas en el pleito*:

3° *Que las leyes* 1ª, 15 *y* 16, *tít* 13, *Partida* 5ª, *no prohiben que en la hipoteca de un establecimiento agrícola se comprendan expresamente los semovientes, aperos de labranza y demás efectos anejos al mismo*;

Y 4° *Que la irregularidad en el procedimiento no da lugar al recurso de casación en el fondo.*

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de la villa de Cienfuegos y en la Sala de lo civil de Audiencia de la Habana por las Sociedades *Torriente Hermanos* y *E. Alkins y Compañía* con D. Juan Fernández Leiva, por sí y en representación de los demás herederos de Don Eusebio Fernández López y con D. José Manuel Sarriá sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que deducidos autos ejecutivos por D. Juan Fernández Leiva, por sí y en representación de los demás herederos de D. Eusebio Fernández López, contra D. José Manuel Sarriá, en cobro de 8.000 pesos por razón de un pagaré que con fecha 30 de Setiembre de 1876 libró en Cienfuegos D. Carlos Gatell, á la orden de Sarriá, con vencimiento para el 31 de Diciembre, y que Sarriá endosó á D. Eusebio Fernández López, garantizándole su pago como fiador principal pagador, se despachó la ejecución y se embargaron al ejecutado diferentes bienes, consistentes en 19 bocoyes de azúcar y 10 negros de la dotación del ingenio San José de su propiedad:

Resultando que llegado el juicio al estado de haberse hecho la citación de remate acudieron al Juzgado en 11 de Setiembre de 1879 las sociedades Torriente hermanos y E. Alkins y Compañía, deduciendo demanda de tercería de mejor derecho, con la pretensión de que se declarase la preferencia del pleito que contra Sarriá tenian sobre el de Leiva, mandando, en su virtud, que vendidos los bienns embargados se hiciera pago con su producto de las cantidades adeudadas con anterioridad al crédito del ejecutante, á cuyo efecto alegaron que como re-

faccionistas de los ingenios San José, Soledad y San Ignacio, de la propiedad de D. José Manuel Sarriá, Doña María del Rosario Albís y Don Joaquín Sarriá respectivamente, practicaron con éstos liquidación, en la que resultó alcanzaban por dicha refacción la suma de 593.999 pesos, que les fueron reconocidos, comprometiéndose á pagarlos mancomunada y solidariamente por escritura pública de 1° de Febrero de 1877: que para seguridad del crédito reconocido y del contrato de refacción, hipotecaron los deudores expresa y señaladamente los tres ingenios citados con todas sus anexidades, inclusa la dotación de esclavos: que no pudiendo hacer frente á su compromiso, pidieron los deudores espera en el correspondiente juicio, la que les fué concedida, respetando la mencionada escritura, que quedó en vigor, con la sola diferencia de prorogar á seis años el vencimiento, en vez de los tres que se habían fijado, y que el ejecutante pretendía cobrar su crédito, que constaba sólo de documento privado, habiendo obtenido el embargo de esclavos y otras pertenencias del ingenio San José, hipotecando expresamente para seguridad del crédito de las sociedades terceristas: que además de la hipoteca tácita que establece la ley 28, tít. 8°, Partida 5ª, sobre la cosa beneficiada á favor de los créditos de refacción, tenían á su favor la expresamente constituída en la escritura de 1° de Febrero de 1877, que les concedía préferancia en el cobro sobre cualquier crédito como el del ejecutante, que debía figurar en último término, y que reconocida la deuda por los dueños de los rres ingenios, para cuya explotación se contrajo, respondían mancomunada y solidariamente á su pago, sin que pudieran en todo ni en parte aplicarse á la extinción de otras obligaciones mientras no estuviera la primera enteramente satisfecha:

Resultando que conferido traslado de esta demanda al ejecutado Sarriá y á los ejecutatantes, la contestaron tan sólo éstos, representados por Fernández Leiva, con la solicitud de que se les absolviera de ella y se condenara á los autores á perpetuo silencio, declarando falsa é ineficaz la escritura en que fundaban su derecho, alegando al efecto que dicha escritura era un contrato á día determinado, que se novó prolongando su vencimiento, el que no había llegado aún; contrato que era falso, y como tal lo redargüía criminalmente por haber hipotecado D. José Manuel Sarriá el ingenio San José como de su propiedad, siendo así que pertenecía á la Sociedad José Manuel Sarriá y Compañía, de cuyo capital formaba parte, habiendo sido además autorizado por un Escribano que siendo menor de 25 años no había podido adquirir la actitud legal: que los embargos practicados á su instancia lo habían sido sobre frutos, muebles ó semovientes que por su naturaleza no pueden ser hipotecados, y que siendo ineficaz tanto la hipoteca como la escritura en que se constituyó, no podían tener preferencia alguna, por más que el documento en que se apoyaba el derecho del ejecutante fuera privado, no pudiendo tampoco caber esta preferencia, toda vez que los bienes embargados no eran susceptibles de ser hipotecados:

Resultando que los actores replicaron que con posterioridad á la interposición de la tercería había sido el ejecutado Sarriá declarado en concurso necesario: que si bien concedieron á los deudores un plazo más largo para hacer efectivo el crédito, esta gracia no podía hacer de peor condición su derecho, pues aplazando sólo la ejecución conservaba siempre igual preferencia: que siendo D. José Manuel Sarriá Admi-

nistrador ó Gerente de la Sociedad que lleva su nombre, según había reconocido el demandado, tenía facultades para efectuar los contratos necesarios para la explotación de los ingenieros, para cuyo objeto se había constituído la Sociedad, siendo, por tanto, válido y eficaz el de refacción que en tal concepto había efectuado con los demandantes, así como la hipoteca que para su seguridad había constituído: que si bien es exacto que los bienes de la clase de los embargados no pueden hipotecarse aisladamente, no lo es cuando forman parte integrante y aun principal de una finca azucarera, que en su totalidad y no tan sólo en una parte queda afecta á lo convenido en un contrato de refacción; y que la circunstancia de ser menor de edad el Escribano que autorizó la escritura no envolvía concepto alguno de nulidad, por lo que era improcedente la excepción que en ella se fundaba:

Resultando que Fernández Leiva duplicando añadió á lo que tenía alegado al contestar la demanda que después de deducida la tercería fue declarado Sarriá en concurso necesario, en el que figuraba el crédito de los demandantes, sin que á dicho juicio se hubieran acumulado los ejecutivos, de que era incidente la tercería, y que la circunstancia de haberse declarado el concurso no podía aprovechar á los demandantes para el efecto de considerar vencidos los créditos, no pudiendo, por otra parte, promover una acción misma en dos juicios distintos, cobrando doblemente lo que no se les adeudaba:

Resultando que de la escritura citada de 1° de Febrero de 1877, de que se trajo á los autos una copia durante el término de prueba, á instancia de las Sociedades terceristas, que en ella reconocieron Doña María del Rosario Albís y D. Joaquín y D. José Manuel Sarriá ser en deber á aquellas sociedades 593.999 pesos por cuenta de refacción de los ingenios Soledad, San Ignacio y San José, que se obligaban á satisfacer mancomunadamente *et insolidum* con el interés pactado hasta el vencimiento, que se fijó en 15 de Noviembre de 1879, estableciendo para el caso de declaración de concurso de los deudores que se entendiera desde luego cumplido el plazo estipulado como si realmente lo estuviera, quedando los acreedores desde ese momento en aptitud legal para poder exigirlo por la vía más breve y expedita, y por último, que para la mayor seguridad de lo convenido y sin que la obligación general derogue la especial, ni ésta á aquélla, sino que de ambos derechos pudieran hacer uso contra todos sus bienes, dejaban expresa y señaladamente hipotecados los tres ingenios antes mencionados con cuanto les era anejo, incluso las dotaciones de esclavos, de cuya hipoteca se tomaría razón en el Registro:

Resultando que á instancia de Fernández Leiva se hizo constar por medio de certificación sacada de las diligencias de apremio del juicio ejecutivo que los bienes embargados á petición suya á D. José Manuel Sarriá consistían en 25 esclavos, 20 carretones, dos carretas, tres yuntas de bueyes y 18 bocoyes de azúcar:

Resultando que practicadas otras pruebas y sustanciando el pleito en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 10 de Junio de 1881, revocando la que había dictado el Juzgado y declarando preferente y de mejor derecho el crédito á que la demanda se contrae sobre el de D. Juan Fernández Leiva y el de la sucesion de D. Dusebio Fernández López, y mandando que fuese pagado aquél luego que fueran vendidos los bienes embargados pertenecientes al ingenio San José, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Juan Fernández Leiva, por sí y en representación de los demás herederos de D. Eusebio Fernández Lóqez interpuso recurso de casación por haberse infringido:

1º Las leyes 1ª, 54, 117 y 118, tít. 18, Partida 3ª, y la 10, título 15, libro 7º de la Novísima Recopilación, con arreglo á los que es nula la escritura pública autorizada por quien no es Escribano ó Notario, por cuanto se da valor y eficacia á la de 1º de Febrero de 1877, en que se constituyó la hipoteca sobre el ingenio San José á favor de los terceristas, siendo así que el Notario ante quien se otorgó era menor de 25 años cuando se le encargó el oficio de Escribano público, por cuya razón no pudo adquirir tal carácter, siendo nulos los documentos ante él otorgados:

2º La ley 114, tít. 18, Partida 3ª, según la que no vale la escritura en que hay alguna falsedad ó engaño, por cuanto se considera válida la de 1º de Febrero de 1877, en la que simuló D. Jose Manuel Sarriá ser dueño del ingenio San José, que había aportado á la Sociedad que con su madre Doña María del Rosario Albís tenía constituída, hipotecándolo á una obligación particular con perjuicio de los acreedores de la Sociedad, á cuyo favor responden en primer término los bienes sociales, sin que obste la circunstancia de que concurriera dicha señora al otorgamiento de la escritura, porque no puede confundirse la personalidad de la entidad social con la de los socios:

3º La doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Junio de 1864, según la que la preferencia que á las escrituras concede la ley 5ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación, no tiene lugar cuando éstas recaen sobre objetos reprobados ó adolecen de algún vicio de nulidad, puesto que se da esta preferencia á la de Febrero de 1877, en que se constituyó una hipoteca sobre bienes que entonces no eran del deudor sino de una Sociedad todavía no disuelta:

4º La doctrina admitida por los Tribunales de justicia, fundada en la ley 1ª, tít. 13, Partida 5ª, conforme á la cual los bienes muebles no pueden afectarse con el gravamen real de hipoteca, siendo sólo susceptibles de ser dados en prenda; toda vez que se declara eficaz y subsistente la constituída sobre los bienes muebles, como son los embargados en el juicio ejecutivo de que es incidente la demanda de tercería:

5º Las leyes 15 y 16, tít. 13, Partida 5ª, con arreglo á las que sólo alcanzan los efectos de la hipoteca al inmueble hipotecado y á sus frutos naturales, en el hecho de declarar afectos á la hipoteca bienes muebles, que ni habían sido gravados, ni han sido ni son frutos ó accesorios del ingenio sobre que pesa el gravamen:

6º La ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª y el principio de ella derivado *actore non provante reus est absolvendus*, según los que pertenecen al demandante la prueba de lo que el demandado negase; por cuanto se estima la demanda de tercería á pesar de no haber intentado siquiera probar los demandantes ser los bienes embargados en el juicio ejecutivo especies, accesorios ó frutos naturales del ingenio San José, sobre el que se constituyó la hipoteca en que fundan su derecho:

7º La ley 7ª, tít, 13, Partida 3ª, que establece que sólo los que han el señorío de las cosas las pueden empeñar á otro, y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Setiembre de 1863, según la que el condueño de bienes *proindiviso*, como no tiene

pleno dominio, no puede hipotecar válidamente ni aun la parte alícuota que le corresponde; puesto que se declara la validez de la hipoteca constituída por D. José Manuel Sarriá sobre el ingenio mencionado, que pertenecía á la Sociedad José Manuel Sarriá y Compañía, que no estaba á la sazón disuelta;

Y 8° La ley 2ª, tít. 15, Partida 5ª, según la que desamparando el deudor sus bienes, quedan sometidos á la autoridad de los Tribunales, que los reparte por orden y grado entre los acreedores sometidos al concurso; y la doctrina legal fundada en los artículos 525, 547, 573 y 592 de la ley de Enjuiciamiento civil, conforme á la que nombrados los Síndicos de un concurso necesario y puestos en posesión de los bienes, sólo á ellos corresponde defender los derechos de la masa común, careciendo de derecho para ello los acreedores sometidos, que no pueden arrogarse en particular la representación de la entidad jurídica del concurso; por cuanto habiendo probado que los terceristas están reconocidos como acreedores, y habiéndoles sido admitida la demanda de tercería, viene á resultar que hacen efectivo un mismo derecho dentro y fuera del concurso, beneficiándose en perjuicio de los demás acreedores graduados, y no hay términos hábiles para determinar qué parte del crédito han de cobrar fuera del concurso y qué parte dentro de él, con lo que resulta el fallo injusto é impracticable:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes citadas en el primer motivo al tener como válida y eficaz la escritura autorizada en 1° de Febrero de 1877 por el Escribano D. Emigdio Nieto, nacido en 3 de Noviembre de 1847, porque ninguna de dichas leyes declara nulas las obligaciones y contratos otorgados por ante un Escribano ó Notario público que al tiempo de recibir autorización para ejercer la fé pública sea menor de 25 años, ni comprenden esta circunstancia de carácter meramente administrativo entre las falsedades ó menguas que vician las escrituras:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las leyes y doctrinas citadas en los motivos 2°, 3° y 7°, porque la escritura de 1° de Febrero de 1877 no fué otorgada por D. José Manuel Sarriá por interés exclusivamente suyo y afectando dominio de que careciese en el ingenio San José, sino en interés común de la Sociedad de que era Gerente y por los tres únicos socios que la formaban, á la cual habían aportado respectivamente dicho ingenio y los nombrados Soledad y San Ignacio, haciendo de estas circunstancias clara expresión en el contrato:

Considerando que el recurso de casación no puede fundarse útilmente en leyes y doctrinas referentes á cuestiones no discutidas en el pleito, por cuya razón no es de estimar el motivo 6° ni la sentencia infringe la ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª, puesto que las sociedades terceristas no tenían el deber de probar afirmaciones no contradichas, como la de que los frutos, muebles y semovientes embargados á instancia del recurrente en el ingenio San José eran anejos del mismo y como tales estaban hipotecados:

Considerando respecto á los motivos 4° y 5°, que reducida la cuestión del pleito á determinar la preferencia entre los créditos del recurrente y el de los recurridos, es indispensable que debe ser preferido este último ó como hipotecario ó como meramente escriturario, aparte de que las leyes que se citan no prohiben que en la hipoteca de un es-

tablecimiento agrícola se comprendan expresamente los semovientes, aperos de labranza y demás efectos anejos al mismo:

Considerando, en fin, que la irregularidad del procedimiento en que se funda el motivo octavo, prescindiendo de la inexactitud relativa al estado del concurso de que se trata, no da lugar al recurso de casación en el fondo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Juan Fernández Leiva, por sí y en representación de los demás herederos de D. Eusebio Fernández López, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 15 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto del mismo año.)

58

Competencia (15 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE CANTIDAD.—Se decide á favor del Juzgado municipal del distrito de la Audiencia de Valladolid la suscitada con el de igual clase de Alicante sobre conocimiento del juicio verbal entablado por D. Joaquín González Sánchez contra la Sociedad *Faes hermanos y Compañía*, y se resuelve:

1º *Que según prescribe el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil en la primera parte de su regla 1ª, en los juicios en que se ejerciten acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación;*

Y 2º Que el pago de servicios ó jornales debe satisfacerse en el lugar en que se ha prestado.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Febrero de 1883, en la competencia pendiente ante este Tribunal Supremo promovida por el Juzgado municipal de Alicante al de igual clase del distrito de la Audiencia de Valladolid sobre conocimiento de un juicio verbal entablado por D. Joaquín González Sánchez contra la Sociedad *Faes hermanos y Compañía* sobre pago de cantidad:

Resultando que D. Joaquín González Sánchez demandó en 24 de Octubre último á la Sociedad *Faes hermanos y Compañía* ante el Juzgado municipal del distrito de la Audiencia de Valladolid el pago de 207 pesetas 75 céntimos por jornales en los trabajos de la carretera de aquella ciudad á Soria:

Resultando que citada y emplazada la Sociedad demandada por medio de exhorto que al efecto se libró al Juzgado municipal de Alicante, punto de su domicilio, promovió cuestión de competencia por inhibitoria solicitando de aquel Juzgado que se declarase competente para conocer de la demanda en atención á que el domicilio de la Sociedad, con arreglo al art. 65 de la ley de Enjuiciamiento civil, era el punto en que tenía el centro de sus operaciones, á sea aquella ciudad y á que se ejercitaba una acción personal:

Resultando que oído el Promotor fiscal, que estuvo conforme con la inhibición pretendida, dictó auto el Juez municipal de Alicante declarando haber lugar á la inhibición, y mandando que se requiriese en forma al de Valladolid:

Resultando que este último, con vista de lo manifestado por Don Joaquín Gozález Sánchez y por el Fiscal municipal, se opuso á la inhi-

bición, y habiendo insistido en ella el de Alicante, remitieron ambos las actuaciones á este Supremo Tribunal; y pasadas á esta Sala, se ha sustanciado en forma legal:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Marales:

Considerando que, según prescribe el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil en la primera parte de su regla 1ª, en los juicios en que se ejerciten acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y que reclamándose en el presente caso el pago de servicios ó jornales prestados en Valladolid, en ésta deben satisfacerse, siendo de perfecta aplicación para la resolución de esta competencia la citada disposición legal;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento del juicio verbal deducido por D. Joaquín González Sánchez contra la Sociedad *Faes hermanos y Compañía* corresponde al Juzgado municipal del distrito de la Audiencia de Valladolid, al que se remitan todas las actuaciones; poniéndose esta resolución en conocimiento del de igual clase de Alicante, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas acasionadas.—(Sentencia publicada el 15 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Marzo del mismo año.)

59

Recurso de casación (21 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de cantidad.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco Gundián con Doña Manuela de Ledesma (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que la apreciación de si un contrato fué ó no simulado, por referirse á un punto de hecho, corresponde á la Sala sentenciadora, cuyo criterio en este punto es el que debe prevalecer, interin no se acredite con arreglo al art.* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm.* 7° *que al hacerse dicha apreciación se ha cometido error de hecho, resultante de documentos ó actos auténticos que demuestran la equivocación evidente en que haya incurrido la sentencia*:

2° *Que si el recurrente si bien ha intentado demostrar que el fallo reclamado estima erróneamente el hecho de la simulación del contrato de obras que ha dado lugar al litigio, no cita documento ni acto auténtico que por sí sólo y de un modo directo y concluyente patentice el supuesto de error de hecho, puesto que se limita á analizar algunos elementos de prueba de los aducidos por las partes para fundar en ellos una apreciación distinta de la que ha hecho la Sala sentenciadora por el resultado de los mismos medios probatorios, esto no llena en manera alguna las condiciones exigidas en el artículo y número citados de la ley de Enjuiciamiento, y por consiguiente no puede destruir lo que establece la sentencia acerca de la simulación del referido contrato*;

Y 3° *Que los contratos anulados no pueden producir efecto alguno legal, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Febrero de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta capital por D. Francisco Gundián y Cuervo, carpintero, de este domicilio, representado y defendido por el Procurador D. Luis Lumbreras y el Licenciado D. Adriano Curiel y Castro, con Doña María Ledesma y Gil, de-

la propia vecindad, propietaria, representada por el Procurador Don Daniel Doze, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura, sobre pago de puertas:

Resultando que en 27 de Mayo de 1878 otorgaron escritura de una parte D. Francisco Salgado, como apoderado de Doña Manuela Ledesma y administrador de la casa plaza del Progreso, núm. 14, según poder otorgado ante D. Mariano Demetrio Ortiz, que entre otras cláusulas comprendía la de que practicase cuantas mejoras se requirieran en la finca á fin de embellecerla y conseguir que los productos sean más lucrativos, ajustando y contratando las obras con las personas que á bien tuviera, y de otra parte D. Francisco Gundián, de cuya escritura aparece que en 14 de Enero de 1877 los dos comparecientes, en los conceptos expresados, celebraron con la intervención del Arquitecto Don Isidoro Lerena y concurrencia de dos testigos, un contrato privado, firmado por todos ellos, para que el Gundián ejecutase obras de reedificación, arreglo y nueva distribución de la casa plaza del Progreso, propia de Doña Manuela, consideradas necesarias para la mejora, embellecimiento y aumento de productos de la finca, con sujeción á los planos formados por dicho Arquitecto y á su dirección, bajo las condiciones en él estipuladas; comprometiéndose Gundián en dicho contrato privado á ejecutar las referidas obras por la cantidad de 110.034 pesetas, que percibiría en tres plazos iguales, y en el caso de que se le dejara de abonar algunos en las fechas marcadas, se entenderían vencidos los tres, pudiendo hacerlo efectivo de Doña Manuela Ledesma, y estableció como condición final que si alguno de los otorgantes lo quería había de elevarse á escritura pública; al pie de dicho contrato, inserto en la escritura, aparece una nota fechada en 10 de Octubre de 1877 y firmada por Lerena y Salgado, en que se dice estar cumplido el contrato, habiéndose ejecutado más obras que las contratadas, las cuales se pusieron en cuenta en aquella fecha unida al contrato y cuyo valor ascendía á 38.453 rs. 25 céntimos, estando visada por el Arquitecto Lerena y firmada por Gundián y Salgado: que en consecuencia de todo lo expuesto, Salgado, en el concepto en que comparecía y por la escritura de que se trata, confirmó y ratificó el contrato privado celebrado con Gundián en 14 de Enero de 1877 para la ejecución de las obras de la casa plaza del Progreso, núm. 14, la declaración anotada al pie del contrato y la aprobación de la cuenta del exceso de obras, dándolo por cumplido y por recibidas las obras desde 10 de Octubre de 1877, quedando sólo pendiente por parte de la dueña Doña Manuela de pagar al Gundián la cantidad de 478.589 rs. 25 céntimos, equivalentes á 119.647 pesetas 31 céntimos á que ascendían las obras contratadas y las comprendidas en la mencionada cuenta; cuya obligación cumpliría la Doña Manuela con arreglo al contrato:

Resultando que en 25 de Noviembre de 1878, D. Francisco Gundián dedujo demanda, en la que después de hacer mérito del contrato privado y escritura relacionadas, alegó que dada la naturaleza y efectos del mandato ó apoderamiento, el mandante ó poderdante quedó directamente obligado y personalmente al cumplimiento de todos y cada uno de las obligaciones y compromisos que su mandatario haya contraído á su nombre en uso y por virtud del poder que le tiene conferido: que todo crédito proveniente de prestación de dinero, trabajos, obras ó materiales para la construcción ó refacción de un edificio, tiene derecho y debe dársele la calificación de refaccionario ó impendiario y gozar se-

gún las leyes 26, 28 y 29 del tít. 13, Partida 5ª, de preferencia para su pago aun en concurrencia con los acreedores hipotecarios; y concluyó solicitando que se declarase que el crédito de 119.647 pesetas 31 céntimos que Doña Manuela Ledesma era en deber al demandante es refaccionario ó impendiario sobre la casa núm. 14 de la plaza del Progreso de esta corte, propia de aquélla, y por tanto podía y debía ser anotado en el Registro de la propiedad en la forma prevenida en la ley Hipotecaria, imponiendo las costas á Doña Manuela si se opone á la demanda; y por otrosí pidió se anotara la demanda en el Registro de la propiedad, y así se acordó y tuvo efecto en 8 de Enero de 1879:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Manuela Ledesma, al evacuarlo expuso que en Noviembre de 1877, á instancia de D. Francisco Gundián se despachó ejecución por el importe de las mismas 119.647 pesetas 31 céntimos á que alude en su demanda; pero en sentencia de 16 de Abril de 1878, la Audiencia del territorio declaró la nulidad de la ejecución despachada: que en Junio del mismo año interpuso Gundián otra demanda ejecutiva contra Doña Manuela Ledesma sobre pago de la expresada cantidad, fundándose en la escritura de 27 de Mayo, y despachada la ejecución se procedió al embargo de la casa núm. 14 de la plaza del Progreso y sus rentas, anotándose preventivamente en el Registro de la propiedad, y se sentenció de remate dos meses por lo menos antes de presentar la demanda sobre refacción de crédito; pero interpuesta apelación de la sentencia, la revocó la Superioridad, condenando en las costas á Gundián: que Doña Manuela Ledesma no había facultado á D. Francisco Salgado para tratar y hacer obras en la casa que pudiesen montar á una cantidad tan exhorbitante ni menos para recibir por sí como buenas dichas obras, para reconocer como cierta y legítima la cuenta del coste, ni para obligarla á que pagase tal cuenta por inexacta que pueda ser: que Gundian no fué contratista de las obras ejecutadas, sino sólo un sobrestante, á quien se pagaron 24 reales diarios por su jornal: que no era cierto que Doña Manuela recibiese las obras ni tuviera noticia de que entre Gundián y Salgado se hubiese celebrado el contrato que suponía, pues creyó siempre que las obras se hacían por su cuenta: que desde que empezó á regir la ley Hipotecaria no hay más hipotecas legales que la misma determina, entre las cuales no se halla el crédito refaccionario; pudiendo el acreedor refaccionario pedir anotación preventiva de su derecho, caso de que lo tenga, tan sólo mientras durasen las obras que son objeto de la refacción, pero no después de terminadas: que los actos del mandatario no obligan al mandante cuando se exceda de las facultades que se le han conferido, y son nulos los contratos simulados, como lo fué el celebrado entre Gundián y Salgado; y que la anotación preventiva de la demanda constituye al demandante en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que con ella ocasione; y en su virtud pidió que se le absolviera de la demanda, condenando al actor en todas las costas y gastos y en la indemnización de los perjuicios que se habían ocasionado, con la anotación preventiva de ella y que se le cancelase dicha anotación:

Resultando que conferido traslado para réplica al autor, pretendió que se acumulase á estos autos otra demanda que se seguía á instancia del mismo en el Juzgado del distrito del Congreso sobre pago del crédito de que se trata, á lo que se accedió, apareciendo de los autos acumulados resultar que en 7 de Enero de 1880 D. Francisco Gundián

dedujo demanda, en la que expuso, entre otros particulares, que Doña Manuela Ledesma consultó con el Arquitecto D. Isidoro Lerena sobre las reformas y mejoras que podrían hacerse en la finca, y le encargó escribiese la Memoria facultativa, proyecto y planos, lo cual efectuó, mereciendo la aprobrción de Doña Manuela: que ésta presentó al Ayuntamiento una Memoria solicitando licencia para la ejecución de dichas obras: que después otorgó poder á D. Francisco Salgado para que realizase las mejoras de la finca que se pretendian, y éste contrató su construcción con Gundián, según se refiere en la otra demanda: que dado principio á las obras, firmó y remitió la Doña Manuela un oficio á la Comisión de Evaluación, participando que se hallaba la casa desalquilada por razón de las obras para que se le diera de baja en la construcción hasta que se terminaran: que además dirigió una comunicación á la Sociedad de Seguros contra incendios ampliando el seguro de la finca desde 340.000 rs. en que anteriormente la tenía puesta, hasta 800.000 que se calculaba haber aumentado su valor con las reformas hechas; y fundada en que el que presta dinero, materiales ó trabajos para la construcción de una casa tiene derecho á exigir del dueño de ella el pago de tales prestaciones, y que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, pidió se condenase á Doña Manuela Ledesma al pago de 119.647 pesetas 31 céntimos que le adeudaba por las obras ejecutadas, con los intereses legales debidos por mora, y las costas;

Resultando que al contestar la demanda Doña Manuela Ledesma alegó que al declararse en los últimos autos ejecutivos no haber lugar á pronunciar sentencia de remate, se fundó esta resolución en que el contrato de obras que se dice celebrado entre Salgado y Gundián es simulado, falso civilmente y nulo por consecuencia: que Gundián sólo fué un sobrestante á quien se señaló un jornal determinado; y que fué simulado el contrato entre Salgado y Gundián, por lo que pidió que se le absolviera de la demanda, condenando en costas al autor:

Resultando que al replicar D. Francisco Gundián en ambos juicios acumulados insistiendo en las pretensiones de su demanda, adicionó á las consideraciones que tenía alegadas que la prueba de que Gundián fué contratista y ejecutor de las obras, era que en este carácter habia sido reconocido y condenados por ejecutoria en juicio ordinario á pagar á un almacenista de yeso y dos soladores 19.000 y pico de reales por saldo de sus cuentas de materiales y trabajos prestados en ellas; y Doña Manuela Ledesma, al duplicar insistió también en sus anteriores alegaciones, añadiendo que ella no fué parte en el pleito que según se indicaba siguieron D. Domingo Pérez u otros contra Gundián ni podía perjudicarle su resultado, y que además parece ser que salió absuelto Salgado:

Resultando que recibido el pleito á prueba se practicaron las propuestas por las partes por medio de posiciones, documentos y testigos, y en 8 de Febrero de 1882, el Juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo á Doña Manuela Ledesma de las demandas acumuladas de D. Francisco Gundián sobre reconocimiento y pago del crédito de 119.647 pesetas 31 céntimos procedentes de obras, y que se declare refaccionario; absolviendo á la vez á Gundián en cuanto á la indemnización de perjuicios que la demandada le reclama como ocasionados por la anotación preventiva de la demanda, sin hacer especial condenación de costas, y á petición de Doña Manuela Ledesma, en providencia de 10 del mismo mes de Febrero se aclaró la sentencia en el sentido de

mandar se cancelase la anotación preventiva de la demanda hecha en el Registro de la propiedad:

Resultando que confirmadas dichas sentencias, con las costas, por la que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del distrito dictó en 8 de Julio de 1882, por parte de D. Francisco Gundián se interpuso recurso de casación en cuanto absolvía á Doña Manuela Ledesma de la demanda pór conceptuar infringidas:

1° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación y la doctrina legal admitida por la jurisprudencia de que el demandante está obligado á cumplir los contratos celebrados por su mandatario en uso del poder conferido por aquél y dentro de sus facultades; doctrina deducida en perfecta consonancia de la ley 11, tít. 10, libro 1° del Fuero Real, y las del tít. 12 de la Partida 5ª, que rigen el contrato de mandato, las cuales también resultan infringidas; en cuanto á la sentencia absuelve á Doña Manuela Ledesma de la demanda sobre el pago del precio estipulado de la demanda sobre el pago del precio estipulado de las obras ejecutadas en su casa por el demandante Gundián en virtud de contrato celebrado con el apoderado de dicha señora D. Francisco Salgado, facultado amplia y omnímodamente en el poder conferido en escritura pública para administrar la casa, para practicar en ella cuantas mejoras requiriese á fin de embellecerla y aumentar sus productos y para ajustar y contratar las obras con las personas que á bien tuviese:

2° La jurisprudencia establecida por decisiones de este Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 27 de Abril de 1861, 21 de Setiembre de 1859 y 17 de Marzo de 1863; porque resultando de autos plenamente acreditados por multitud de pruebas instrumentales y testificales, congruentes é indestructibles, y por autos auténticos anteriores, simultáneos y posteriores de la celebración del contrato de obras de que se trata entre Salgado como apoderado de Doña Manuela Ledesma y D. Francisco Gundián, y constando de igual modo la obligación contraída en el contrato de obras y reconocida también en la escritura pública á que más tarde se elevó de la Doña Manuela, á pagar al contratista Gundián el precio estipulado por tales obras, la sentencia que absuelve á aquélla de tal demanda infringe la ley del contrato y las demás citadas en este motivo:

3° La doctrina legal admitida por la jurisprudencia y consignada por este Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Diciembre de 1857, de que cuando en una sentencia se viola un contrato con inexactos fundamentos, procede el recurso de casación, en cuyo caso se encuentra la sentencia recurrida, dada la violación del contrato que aparece demostrada:

4° Que la sentencia contiene además inexactitud y error de hechos, resultando este de documentos y actos auténticos: que en uno de los considerandos de la sentencia se dice que la solicitud de que se condene á Doña Manuela Ledesma á pagar al demandante Gundián la cantidad que reclama por precios de las obras, se funda en la escritura de 27 de Mayo de 1878, siendo así que no es este el único fundamento de tal reclamación y demanda, sino que á la vez, y tanto más que en la citada escritura á que se elevó el documento privado de contrato de obras, se fundan principalmente en la preexistencia de dicho contrato celebrado en 14 de Enero de 1877 y en la serie de actos auténticos de los contratantes y especialmente de la demanda, anteriores, simultáneos y

posteriores á la celebración de dicho contrato, y ejecución de las obras contratadas, á vista, ciencia y paciencia de la Doña Manuela y en su provecho, y en la aprobación y recepción de las obras por la misma y su Arquitecto:

5º Que había inexactitud y error de hecho y fundamental en la sentencia al decir que otro considerando que la Sala primera de la Audiencia, al dictar la sentencia de 29 de Enero de 1879 en el juicio ejecutivo que fundado en la citada escritura promovió Gundián con Doña Manuela Ledesma, resolviendo no haber lugar á despachar la ejecución, declaró que el contrato que en la misma se contiene es simulado, lo que no era exacto, pues lo único que resolvió y declaró fué no haber lugar á pronunciar sentencia de remate:

6º Que igualmente había inexactitud y error de hecho y de derecho al consignarse en otro considerando de la sentencia que apareciendo de las pruebas que el que verdaderamente ejecutó las obras fué Don Francisco Salgado y D. Francisco Gundián, el contrato entre ambos celebrado contenía una verdadera simulación: que este error de hecho, que se evidencia con documentos y actos auténticos que acreditan plena é indestructiblemente la ejecución de las obras por el contratista Gundián y de su cuenta, implica y entraña á la vez evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas:

7º Que habría inexactitud de fundamento y error de derecho, en cuanto la sentencia daba por probado que quien verdaderamente ejecutó las obras fué Salgado y no Gundián, apreciando para ello como de más valor de todos los documentos, hechos y testimonios que aparecían de autos, las declaraciones de tres testigos, en contradicción con sus propios actos y enemigos manifiestos de Gundián, con quien siguieron pleito, y otros tres testigos de referencia á manifestaciones extrajudiciales de Salgado y Gundián, faltando en esta apreciación á las reglas de la sana crítica, y á las que como tales contienen las leyes 1ª y 8ª, tít. 14; 28 y 29, 32 y 41, tít. 16 de la Partida 3ª, según tiene reconocido este Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Enero de 1865, y que tal apreciación en que se falta á las citadas reglas de sana crítica, infringe el art. 659 de la Novísima ley de Enjuiciamiento civil, ó sea 317 de la antigua; y además de las citadas leyes invocaba la 7ª, título 13, Partida 3ª, y la jurisprudencia en su conformidad establecida de que la conoscencia hecha fuera de juicio y sin estar delante la otra parte no tiene valor, así como tampoco las manifestaciones extrajudiciales de uno á que otro se refiere lo tienen contra aquél ni menos contra tercero:

8º Que había inexactitud y doble error de derecho en la apreciación de las pruebas, en cuanto del hecho supuesto de haberse ejecutado las obras, ó más bien parte de ellas, con dinero de Salgado suministrado á Gundián, deduce y sienta la sentencia como probado que quien ejercitó las obras fué Salgado y no Gundián, y de aquí deduce y sienta que el contrato entre ambos celebrado contiene una verdadera simulación: que tal error es tan evidente como que confunde la celebración del contrato verdadero y legítimo con el hecho posterior de la ejecución de las obras: que aun en la hipótesis de que fuera cierto que había venido á ejecutarlas Salgado, no por esto habría simulación de contrato, sino variación de persona ejecutante del mismo en su cumplimiento:

Y 9º Que al decir ahora la Sala sentenciadora que Gundián no fué

contratista ni ejecutó obras, y absolver á Doña Manuela Ledesma de la demanda sobre pago del precio estipulado por tales obras, siendo así que la misma Sala condenó al Gundián como contratista y obligado al pago de las cantidades que se le reclamaron, procedentes de materiales y jornales, se establecía el imposible de que una cosa sea ó no sea al mismo tiempo, que Gundián haya sido y sea contratista de las obras para ser condenado á pagar á los artistas y materiales que le prestaron, y que no sea tal contratista para cobrar de la dueña de la casa obrada el precio de tales obras, estipulado en el contrato de las mismas de donde resulta además la infracción de las reglas 17 del Derecho, contenida en el tít. 34, Partida 7ª, de que ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro; pues Doña Manuela Ledesma se enriquecía con daño de Gundián si prevaleciera la sentencia que la absuelve del pago del precio de las obras contratadas y ejecutadas con tanto provecho para ella, como la misma tiene confesado bajo juramento:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la apreciación de si un contrato fué ó no simulado, por referirse á un punto de hechos, corresponde á la Sala sentenciadora, cuyo criterio en este punto es el que debe prevalecer, ínterin no se acredite con arreglo al art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm. 7º que al hacerse dicha apreciación se ha cometido error de hecho, resultante de documentos ó actos auténticos que demuestran la equivocación evidente en que haya incurrido la sentencia:

Considerando con relación al caso de autos que si bien el recurrente ha intentado demostrar en los motivos 4º al 9º que el fallo reclamado estima erróneamente el hecho de la simulación del contrato de obras que ha dado lugar al presente litigio, es lo cierto que no cita documento ni acto auténtico que por sí sólo y de un modo directo y concluyente patentice el supuesto de error de hecho, puesto que se limita á analizar algunos elementos de prueba de los aducidos por las partes para fundar en ellos una apreciación distinta de la que ha hecho la Sala sentenciadora por el resultado de los mismos medios probatorios, lo cual no llena en manera alguna las condiciones exigidas en el artículo y número citados de la ley de Enjuiciamiento, y por consiguiente no puede destruir lo que establece la sentencia acerca de las simulaciones del referido contrato:

Considerando en virtud de lo expuesto que el fallo impugnado no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los tres primeros fundamentos del recurso, en los que se parte del supuesto de la validez del contrato de obras celebrado entre D. Francisco Salgado con el carácter de apoderado de Doña Manuela Ledesma y administrador de la casa número 14 de la plaza del Progreso y D. Francisco Gundián como contratista de dichas obras, y esto no puede admitirse en el mero hecho de declararse simulado el referido contrato, el que por lo tanto es nulo y no puede surtir efecto alguno legal, según la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco Gundián Cuervo, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución,

del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 21 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Agosto del mismo año.)

60

Competencia (21 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE PESETAS.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia de Santander la sucitada con el de igual clase del distrito de la Universidad de Madrid sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Rufino Pineda contra la viuda y herederos de D. Luis Guilhou, y se resuelve:

Que según dispone el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

En la villa y Corte de Madrid, á 21 de Febrero de 1883, en la competencia pendiente ante Nos promovida por el Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de esta capital al de igual clase de la ciudad de Santander sobre conocimiento de la demanda deducida ante éste por D. Rufino Pineda y Don contra la viuda y herederos do D. Luis Guilhou sobre pago de pesetas:

Resultando que en carta fechada en Madrid á 3 de Agosto de 1865 propuso D. Luis Guilhou á D. Rufino Pineda, de Santander, que á fin de utilizar los créditos que á su nombre particular tenía en Lóndres sobre casas tan respetables como la sociedad *Peninsular Indiana* y la *Agencia Imperial*, podía Pineda librar á tres meses fecha con autorización de Guilhou, que trasmitiría á las casas de Lóndres para que su firma fuese bien acogida y podría hacerles remesas sobre Madrid á medida que librase sobre Lóndres ó librar á su cargo á ocho dias al recibir su aviso de giros, siendo necesario que le abriera en sus libros una cuenta á su nombre particular completamente separada de la Compañía que nada tenía que ver en este asunto:

Resultando que aceptada por Pineda esta operación, con motivo de la cual mediaron diferentes cartas y telegramas, las casas de Lóndres que aceptaron los giros no los pagaron á su vencimiento, por lo cual D. Rufino Pineda recogió las letras últimas de que aun no había reembolsado á Guilhou, exigiéndole la devolución de 6.449 libras, 5 sueldos y 11 dineros que hasta entonces había puesto en su poder, así como los gastos consiguientes, lo cual no pudo lograr, siendo la causa de que se presentara en quiebra:

Resultando que las casas inglesas se pusieron en liquidación, habiendo satisfecho una de ellas á sus acreedores algunos dividendos, demostrando ambas que Guilhou no los había provisto de fondos para atender al pago de dichos giros; que convenido Pineda con sus acreedores, trató de verificar un arreglo con Guilhou, que no llegó á realizarse por no haber dado garantía alguna, y que por ello se continuó una causa sobre estafa, ya sobreseida, siendo absuelto Guilhou por sentencia de la Audiencia de esta Corte de 25 de Noviembre de 1879, reservando á D. Rufino Pineda la acción civil que viere convenirle:

Resultando que ocurrido el fallecimiento de Guilhou en 12 de Julio de 1881 en el pueblo de Chamartín, y siendo inútiles las gestiones que practicó D. Rufino Pineda con la viuda y herederos de aquél para el

pago de su crédito, dedujo demanda en 10 de Agosto de 1882 en el Juzgado de primera instancia de Santander, en la que consignando como hechos los que quedan referidos, expuso, entre otros fundamentos legales, que la comisión que recibió de Guilhou en Santander necesariamente había de cumplirse por Pineda en la misma ciudad; que en ella tuvieron efecto todas las negociaciones ú operaciones consiguientes al mandato que aquella entrañaba, y en ella anticipó sus fondos Pineda y prestó sus servicios, verificándose de la misma manera en Santander por medio de letras giradas á cargo de Pineda por Guilhou, ó por otras de cambio á su orden las entregas al mismo del producto ó valor de las letras giradas por Pineda sobre Lóndres tres meses antes de sus vencimientos y protestadas por falta de pago, siendo en su virtud Santander el lugar del cumplimiento del contrato, y en su consecuencia en donde debía hacerse la devolución de lo pagado indebidamente á Guilhou, bajo el supuesto erróneo de que había hecho provisión de fondos á las Sociedades libradas, por lo cual aquel Juzgado era competente para conocer de aquella demanda, según lo dispuesto en la regla 1ª, art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil; y haciendo uso de la acción personal correspondiente, pidió se declarase que Doña Dolores Povedano, viuda de D. Luis Guilhou, y los herederos de éste D. Enrique, Doña María, Doña Luisa y Doña Asunción Guilhou Povedano, representadas estas dos últimas por sus recpectivos maridos D. Serapio Díez y D. Ricardo Guillén, venían obligados á pagar al demandante la cantidad de 250.612 pesetas 33 céntimos que por capital é intereses vencidos hasta el 30 de Junio último le eran en deber, condenándoles á que en el término de quinto día las pagase en aquella ciudad con los intereses vencidos desde 1º de Julio á razon de un 6 por 100 al año, con las costas:

Resultando que conferido traslado á los demandados, fueron emplazados en esta corte por el Juzgado del distrito de la Universidad, al cual acudieron D. Enrique Guilhou, vecino de Chamartín, su madre Doña Dolores Povedano, y sus hermanas Doña Luisa y Doña Asunción; vecinas de esta corte, pidiendo que se requiriera de inhibición al Juzgado de Santander; y que oído el Promotor fiscal, que la apoyó, el Juez de primera instancia la estimó en 1º de Setiembre último, declarándose competente para conocer de la demanda, fundado en que en los juicios en que se ejercitan acciones personales, es juez competente el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y en el presente caso lo era indudablemente Madrid, puesto que desde aquí se giraron las letras de cuyo reembolso se trataba, y era donde debía cumplirse la obligación que se estableció entre Guilhou y Pineda, como lo fué Santander para reclamar á este los tenedores de las letras su reembolso por falta de pago de las casas inglesas; que aun en el caso de no estimarse fijado el lugar en que debía cumplirse la obligación, la competencia estaría siempre á favor del domicilio de los demandados que era Madrid, como se reconocía en el exhorto respecto de D. Enrique, Doña Luisa y Doña Asunción Guilhou, si bien del poder representado aparecía que sólo eran las dos últimas, siendo los demás de Chamartín de la Rosa; y que siendo en este caso Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados á elección del demandante, no habiéndose elegido por el actor, á los demandados correspondía fijarlos:

Resultando que el Juez de Santander, oídos el demandante y el Ministerio fiscal, proveyó auto en 4 de Octubre negándose á la inhibición y declarándose competente, fundado en que la comisión que reci-

bió D. Rufino Pineda de D. Luis Guilhou en aquella ciudad, necesariamente había de cumplirse en la misma; que allí, según la correspondencia epistolar, tuvieron efecto todas las negociaciones ú operaciones consiguientes al mandato que aquella entrañaba, y que allí anticipó, según se desprendía de dicha correspondencia, sus fondos D. Rufino Pineda, debiendo en aquella localidad ser retribuído de sus servicios con arreglo á lo estipulado, ó á lo dispuesto en su caso en la ley mercantil, con indemnización de daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado por incumplimiento de la obligación contraída por D. Luis Guilhou, á quien sus herederos los demandados habían sucedido en sus derechos y en sus obligaciones; que la circunstancia de haberse sustanciado causa criminal en el Juzgado de Buenavista de Madrid contra D. Luis Guilhou, primeramente de oficio y después á petición de Don Rufino Pineda, y la de haberse reservado á éste el ejercicio de las acciones civiles que pudieran competirle, no era motivo legal para que el de la Universidad se considerase competente para el conocimiento de aquella demanda, tanto más, cuanto que dicha causa quedó terminada no eran acumulables á ella los pleitos civiles, ni era el Juzgado de la Universidad el que de aquella conoció, ni menos se reservó la acción para ante dicho Juzgado, sino para el que procediera y pudiera convenir á Pineda:

Resultando que el Juez de esta corte insistió en la inhibición, y que en su virtud uno y otro Juzgado han remitido las actuaciones para la decisión á este Supremo Tribunal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que, según dispone el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que D. Rufino Pineda se encargó por excitación de D. Luis Gilhou de realizar en Santander, por medio de giro, las cantidades que éste afirmó tenía en varias casas de Londres, la cual supone una comisión que había de realizarse en Santander, donde se hicieron efectivas las letras giradas con autorización de dicho D. Luis, por haber sido protestadas en Londres, y donde Pineda había de recibir el precio de la comisión:

Considerando que no sólo se consumó el contrato en Santander, aceptando el encargo, sino que en el mismo punto tenía que realizarse el pago de las cantidades cobradas por giros de Pineda ó de Guilhou:

Considerando, por tanto, que con arreglo á la disposición citada, el conocimienlo ó competencia de la referida demanda corresponde al Juez de Santander;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda entablada en estos autos por D. Rufino Pineda Don contra Doña Dolores Povedano y Moreno, viuda de D. Luis Guilhou y sus hijos, corresponde al Juez de primera instancia de Santander, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho; y póngase la presente resolución en conocimiento del Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de esta corte, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal.—(Sentencia publicada el 21 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Marzo del mismo año.)

61

Recurso de casación (23 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de cantidades.—No ha lugar al interpuesto por D. Lorenzo Cerdá y otro con D. Sebastián Ballester y consortes (Audiencia de Palma), y se resuelve:

1° *Que ha de estarse á la apreciación de la Sala sentenciadora sobre cuestiones de hecho;*

Y 2° Que no justificado el hecho, de donde dimanaría el derecho del recurrente á exigir unas cuentas en los términos que lo ha verificado y la obligación del recurrido á presentarlas, la sentencia, al absolver sobre este particular no infringe las leyes 46, párrafo cuarto Digesto Procuratoribus; *la 25, tít. 5°, Partida 3ª; la doctrina legal derivada de la 20 y siguientes del tít. 12, Partida 5ª; y la regla 17, tít. 34, Partida 7ª.*

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Febrero de 1883, en los autos que ante Nós penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Manacor y en la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca por D. Sebastián Ballester, y por su fallecimiento sus albaceas testamentarios Don Nadal Cabrer, D. Miguel Mariano Lladó y D. Sebastián Ginard, representados y defendidos por el Procurador D. Ignacio de Santiago y el Doctor D. Eugenio Montero Ríos, con los consortes D. Lorenzo Cerdá y Doña Margarita Mercadal, vecinos de Camors, á quienes ha representado el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura, sobre pago de cantidades:

Resultando que en un documento priuado sin fecha, suscrito por Lorenzo Cerdá y Antonio Sala, se atestigua por el último que el Lorenzo Cerdá y Gafaro y su esposa habían recibido de Sebastián Ballester 300 libras moneda del país, las mismas que les entregaba dicho Ballester á cuenta de la legítima de la esposa del Cerdá, quien lo mismo que ésta prometía no reclamar la legítima hasta que ocurriese el fallecimiento de la madre y suegros respectivos:

Resultando que en el testamento otorgado por Juana Ana Ballester en 19 de Noviembre de 1870, nombró albacea á su hermano Sebastián, y después de otras disposiciones instituyó herederas universales á sus hijas Margarita y Micaela Mercadal, aventajándola primero con las fincas que se indican:

Resultando que por escritura otorgada en 5 de Julio de 1880, Micaela Mercadal, con intervención y aprobación de su marido, cedió á Lorenzo Cerdá y Gafaro todos los derechos, créditos y acciones que como sucesora de su madre Juana Ballester le competían ó pudiesen competirle contra su tío Sebastián Ballester por haber administrado la herencia de su madre ó por otro concepto alguno, como también los que le competían contra el mismo Sebastián por haber administrado la herencia de su padre Mateo Mercadal y Noguera:

Resultando que en 21 de Junio de 1880, D. Sebastián Ballester interpuso demanda, y fundado en los antecedentes relacionados pidió se condenase á indicados consortes Lorenzo Cerdá y Margarita Mercadal á la restitución ó pago de 400 libras mallorquiuas, con expresa imposición de costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda, la contestó Lorenzo Cerdá, en concepto propio y como marido de Margarita Mercadal

exponiendo como hechos que 300 libras á que se refiere el primer número de la demanda, las entregó al actor por orden de su hermana Juana Ana Ballester y como administrador que se decía ser de la herencia del marido de ésta Mateo Mercadal, á cuenta de los frutos de la legítima paterna correspondiente á la esposa del demandante, siendo falso que el exponente recibiese la otra patida que en el citado número se indica; que el padre de la consorte Doña Margarita Mercadal falleció el día 2 de Diciembre de 1834, con testamento ordenado el 13 de Noviembre anterior, y desde entonces hasta que falleció Juana Ana Ballester el 1° de Diciembre de 1870, el actor Ballester administró toda la herencia de ambos consortes, titulándose como tal y afirmando que había recibido tal carácter en virtud del testamento de Mercadal: que durante la expresada época y en la fecha que justificarían las oportunas partidas, fallecieron en estado de solteras tres hermanas políticas del demandado, llamadas Juana Ana, Catalina y Apolonia, en que podía consistir sus legítimas, las administró y hasta sus respectivos fallecimientos dispuso libremente de sus ropas: que durante toda la expresada época poseyó también y administró el demandante los bienes que debían constituir la legítima de la esposa del demandado y de su hermana Micaela: que ésta, mediante escritura cedió al demandado todos los derechos que como sucesora de su madre le asistían contra el actor por haber administrado las herencias de sus padres ó por otro concepto alguno: y en su virtud pidió que se le absolviese de la demanda contra él interpuesto por Sebastián Ballester, imponiéndole perpetuo silencio y por vía de reconvencion se le condenase á rendir á D. Lorenzo Cerdá cuenta y razón de la administración de las herencias de Mateo Mercadal y Juana Ana Ballester, y de sus tres dichas hijas difuntas, que ha llevado durante la expresada época, con restitución al demandado del saldo que resulte, imponiéndole además el pago de todas las costas:

Resultando que al replicar el demandante dijo que las 300 libras las entregó de dinero propio y no por cuenta de nadie ni como administrador, y por consiguiente, reconocida la certeza de la escritura, venían obligados los demandados á restituirle dicha cantidad con los intereses legales vencidos desde la interposición de la demanda: que el demandante no fué administrador de la herencia de Mateo Mercadal ni de los bienes de la viuda de éste y hermana del propio exponente Juana Ana Ballester, sino que compadecido de la desgraciada situación de ésta, que por un corto rédito debía atender á la manutención y necesidades de muchos hijos de corta edad, no sólo con mano pródiga le daba artículos y dinero, sino que compró fincas y tuvo la generosidad de ponerlas á favor de dicha su hermana, á la cual hizo figurar como compradora: que tampoco poseyó ni administró los bienes en que podían consistir las legítimas de las hermanas Merdadal ni había contraído jamás la obligación de rendir cuentas, por lo que pidió se accediese á la demanda y se le absolviese de la reconvención, con indemnización de costas:

Resultando que después de duplicar la parte demandada, se recibió el pleito á prueba, practicándose las propuestas; y dictada sentencia por el Juez, de la que interpuso apelación el demandante, la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca, por la que pronunció en 11 de Julio de 1882, confirmando en parte la apelada, condenó á Lorenzo Cerdá y Margarita Mercadal á que dentro de 10 días paguen á los administradores de la herencia de Sebastián Ballester la cantidad de 300

libras, equivalentes á 1.000 pesetas, á que se refiere el documento privado del folio 3, y les absolvió de lo demás que comprende la demanda, del mismo modo que á dichos testamentarios de la que forma objeto de la reconvención, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que por parte de los consortes D. Lorenzo Cerdá y Doña Margarita Mercadal se interpuso recurso de casación, alegando como motivo:

Que al absolver la Sala sentenciadora al actor de la reconvención, se infringe la ley 46, párrafo cuarto, Digesto *Procuratoribus*, la 25, título 5°, Partida 3ª, que definen la obligación de rendir cuentas del mandato, y la doctrina legal derivada de la 20 y siguientes del tít. 12, Partida 5ª, según la que todo el que desempeña mandato en intereses ajenos ó se entromete á gestionar intereses de otros, está obligado á rendir cuentas; cuya doctrina, entre otras, está autorizada por las decisiones de 27 de Junio de 1865, 9 de Febrero de 1866 y 13 de Diciembre de 1867, se infringe también la regla 17, tít. 34, Partida 7ª, porque implica un torticero enriquecimiento relevar á quien con uno ú otro caracter gestionó negocios y administró bienes ajenos, de rendir cuentas al mandante ó al dueño ó á sus herederos:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que en la reconvención formulada por el recurrente al contestar la demanda de D. Sebastián Ballester, solicitó se condenase á éste á rendir cuenta y razón de las herencias de Mateo Mercadal y Juana Ana Ballester, fundándose en el *hecho* de que el citado Ballester había administrado *toda* la herencia de ambos consortes, titulándose tal administrador, y afirmando que había recibido este caracter en virtud del testamento de Mercadal:

Considerando que apreciadas las pruebas practicadas en el pleito para justificar la existencia de aquel hecho, la Sala sentenciadora estimó que no resultaba acreditado, cuya apreciación no ha sido combatida por ninguno de los dos medios que al efecto establece el núm. 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que aun dada la realidad de los actos diversos y aislados á que se refiere el considerando segundo de la sentencia recurrida, esto no probaría que el Ballester hubiese administrado la totalidad de las herencias y por todo el tiempo que en la reconvención se fija ni por consiguiente la obligación de rendir cuentas con la generalidad que en aquélla se pide:

Considerando que no justificado el hecho, de donde dimanaría el derecho del recurrente á exigirlas en los términos que lo ha verificado y la obligación del recurrido á presentarlas, la sentencia recurrida, al absolver por este concepto al Ballester de la citada reconvención no ha infringido las leyes 46, párrafo cuarto Digesto *Procuratoribus*; la 25, tít. 5°, Partida 3ª; la doctrina legal derivada de la 20 y siguientes del tít. 12, Partida 5ª, y la regla 17, tít. 34, Partida 7ª, que se citan en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los consortes D. Lorenzo Cerdá y Doña Margarita Mercadal, á quienes condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Palma de Mallorca, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 23 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Agosto del mismo año.)

62

Recurso de casación (24 *de Febrero de* 1883.)—*Sala primera.* —Pago de pesetas.—No ha lugar al interpuesto por el Duque de Sessa con D. Eduardo Doncet (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que según la antigua jurisprudencia, sancionada hoy por el artículo* 51 *de la ley del matrimonio civil de* 1870, *es válida la compra hecha por la mujer casada de cosas muebles, destinadas á su uso y consumo ordinario o al de la familia, y debe pagarse su precio de los fondos de la sociedad conyugal, aunque no haya precedido licencia del marido, siempre que éste no le hubiere prohibido expresamente:*

2° *Que si las leyes* 55 *y* 56 *de Toro si bien seguta la mujer casada no puede contratar ni obligarse sin licencia de su marido, es doctrina legal, deducida de las mismas leyes, que es válida la obligación contraída por la mujer sin dicho requisito cuando el marido la consiente y aprueba posteriormente:*

3° *Que si para desestimar la excepción de prescripción, deducida por el demandado en su escrito de dúplica, no se funda la sentencia solamente en que no fué alegada tal excepción en la contestación á la demanda, sino también en que no se ha probado que los efectos vendidos por el demandante fuesen obra de su industria ó trabajo personal, ó las* hechuras de artesanos *á que se refiere la ley* 10, *tít.* 11, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, y además resulta probado que quedó interrumpida la prescripción porque se reclamó el pago dentro de los tres años fijados por dicha ley, es evidente que ésta no ha sido infringida, y que es inoportuna la cita del art.* 256 *de la ley de Enjuiciamiento civil;*

Y 4° *Que es improcedente la impugnación de la apreciación de las pruebas si no se cita contra ella ley ni doctrina legal infringida, como es necesario para demostrar el error de derecho, y el error de hecho no puede comprobarse con las mismas pruebas, que han sido apreciadas, sino con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, como ordena la ley.*

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Febrero de 1883, en los autos que ante Nós penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distritn de la Inclusa y en la Sala segunda de la Audiencia del territorio por D. Eduardo Doncet; vecino y del comercio de París, representado y defendido por el Procurador D. Manuel de Diego y el Licenciado D. Isidro de Diego, con D. José María Ossorio de Moscoso y Carvajal, Duque de Sessa, y por su fallecimiento sus hijos D. Luis Ossorio de Moscoso y Borbón, Conde de Cabra, y D. Francisco de Asís Ossorio de Moscoso y Borbón, Duque de Maqueda, representados por los Procuradores D. Juan Guerrero Brea y D Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Doctor Don Tomás Patón, sobre pago de pesetas:

Resultando que en 30 de Junio de 1875, D. Eduardo Doncet, del comercio de París, entabló demanda ordinaria contra D. José María de Ossorio Moscoso, Duque de Sessa, pretendiendo que se declarase á éste deudor de la casa establecida en aquella capital bajo el título de Madame Doncet por la cantidad de 19.445 francos 75 céntimos, ó sea su equivalente en pesetas al tipo de cambio corriente, á cuyo pago se le condenase, con las costas, alegando al efecto que durante los años de 1866, 67 y 68 el mencionado establecimiento mercantil surtió á los Duques

de Sessa de las ropas de uso doméstico que se detallan en las facturas presentadas con la demanda, cuyo importe, con los intereses al 6 por 100 devengados desde su presentación al cobro, es el ya expresado: que reclamado el pago á la Duqueta, ésta particularmente, y por medio de su secretario D. José Ruiz de Arana, contestó reconociendo la obligación de hacer efectiva dicha suma, pero demorando su cumplimiento, á la vez que encargando nuevos pedidos, que se la remitieran por su indicación al domicilio de los Duques en esta Corte: que los respectivos secretarios de éstos, Ruiz de Arana y Ruiz Alvarez, en sus respuestas á las reclamaciones extrajudiciales del Procurador de Diego, se disculparon mutuamente, protestando cada uno de por sí no hallarse obligado al pago que se exigía: que citado de conciliación el Duque de Sessa, su apoderado reiteró aquellas evasivas y disculpas sin que pudiera conseguirse un acuerdo:

Resultando que con la demanda presentaron dos cartas de la Duquesa, dirigidas el año 1867 á la gerente del establecimiento del actor, cinco que lo fueron en aquel año, y el de 1868 por el Ruiz de Arana á la misma persona, á Madame Doncet y D. Manuel de Diego, otra escrita á éste en 1874 por el Puig Alvarez, redactadas todas en el sentido de que se ha hecho mérito, y dos facturas del establecimiento de Madame Doncet, fechadas respectivamente el 26 de Abril y el 22 de Junio de 1870, las dos á nombre de la Duquesa, expresiva la primera de las prendas de ropa de su referencia que aparecen destinadas al uso personal de los Duques y al surtido de su casa, y la segunda limitada á consignar numéricamente el saldo deudor, cuyo importe total de 21.118 francos se reduce mediante el pago á cuenta de 3.308 francos á la cantidad de 17.874, y asciende en definitiva por el aumento de 1.571 francos 75 céntimos en concepto de interés á la suma de 19.445 francos con 75 céntimos:

Resultando que al contestar á la demanda el Duque de Sessa, solicitó que se le absolviese de la misma, con imposición de perpetuo silencio y de las costas al actor; y al efecto expuso que no habiendo intervenido el Duque en los contratos de compras que se supone celebró su esposa con la casa Doncet, no podía considerarlos como ciertos mientras no se pruebe en forma que lo son: que la Duquesa, por virtud de las capitulaciones matrimoniales otorgada en el año de 1847, quedó al contraer matrimonio y estuvo siempre autorizada para contratar por cuenta propia y obligar sus bienes á las resultas de los compromisos contraídos en tal concepto: que el Duque estuvo en interdicción civil desde el 9 de Julio del año 1868, en que judicialmente se le declaró incapacitado, hasta el 28 de Junio de 1870, fecha de la aprobación de un convenio que le devolvió algunas de las facultades de que estaba privado, pero no en la de contraer dudas: que si bien el contrato de compraventa impone al comprador la obligación de pagar el precio de la cosa comprada, esta doctrina no tiene aplicación al presente caso, puesto que el mismo actor confiesa que el demandado no ha comprado las ropas cuyo precio reclama: que según la ley 11, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, la mujer casada no puede hacer contrato alguno sin licencia de su marido: que suponiendo que la Duquesa comprase las ropas aludidas, ó lo habría hecho sin especial autorización del Duque, puesto que éste no tuvo ni noticia de ello, y en éste caso serían las compras nulas, ó las habría realizado utilizando la autorización general que su esposo le dió en las capitulaciones matrimoniales y en el

concepto por consiguiente de contratar por su propia cuenta y de quedar obligados sus bienes solos, y que en todo caso los contratos hechos durante la interdicción que sufrió el Duque y en parte seguía sufriendo no podían producir obligación alguna que le fuera exigible:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes su respectivas alegaciones y pretensiones, excepcionando el demandado además la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, con arreglo á la ley 10, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas, y como parte de la del demandado se unió á los autos un testimonio del que aparece que en expediente promovido por el Duque de Sessa contra su esposa sobre que se le reintegrase en sus derechos civiles las partes solicitaron y obtuvieron el 20 de Octubre de 1870 la aprobación judicial del convenio que habían celebrado en 28 de Junio anterior para determinar las cuestiones pendientes, restituir al Duque el carácter y las funciones de administrador de los bienes de la sociedad conyugal que como marido lo competen, y asegurar los bienes pactando al efecto en la primera cláusula del convenio la rehabilitación del Duque como jefe de familia; en la tercera que las rentas de la casa y estados de Sessa se dividían por mitad entre los cónyuges, y en la séptima que las deudas existentes á la fecha del convenio que no hubiesen sido contraídas para beneficio de la casa ó aprovechamiento común de los cónyuges, afectarían únicamente al que las contrajo; mas como esta cláusula no podía perjudicar á tercero y se dirigía tan sólo á establecer en este punto relaciones de derecho entre los esposos, convenían uno y otro en que el importe de toda deuda de esta clase cuyo pago se verificase, se imputara á la mitad de las rentas correspondientes al cónyuge que la hubiese contraído:

Resultando que unidas las pruebas, después de alegar las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpuso apelación el Duque de Sessa, y sustanciada la alzada, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del distrito. por sentencia de 26 de Marzo de 1881, confirmatoria en parte de la del Juez, condenó á D. José María Ossorio de Moscoso, Duque de Sessa, á que pague á D. Eduardo Doncet, en representación de la casa comercio establecida en París bajo el título Madame Doncet, 17.874 francos á que queda reducido el importe de las facturas de efectos suministrados por dicha casa, deducida la cantidad de 1 571 francos 75 céntimos en ellas comprendida por razón de intereses, cuyo ago se hará al cambio corriente en pesetas, según la cotización oficial del día en que se verifique:

Resultando que por parte de D. José María Ossorio de Moscoso, Duque de Sessa, se interpuso recurso de casación, que después han sostenido su hijo D. Luis Ossorio de Moscoso y Borbón, Conde de Cabra, y D. Francisco de Asís Ossorio de Moscoso y Borbón, Duque de Maqueda, por conceptuar infringidos:

1° El art. 236 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establece que en el escrito de dúplica se fijen *definitivamente* los puntos de hecho y de *derecho* objeto del debate, pudiendo modificar ó *adicionar* los que se hayan consignado en la contestación, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de Abril de 1844, y especialmente la de 13 de Junio de 1873, que previene se *utilicen* en los escritos de réplica y dúplica todas las *excepciones* que se tuvieren, fijando definitivamente los puntos de derecho del debate:

2° La ley 55 de Toro, que declara nula la obligación de la mujer casada sin licencia de su marido, y la siguiente ley 56, según la cual una vez dada la licencia á la mujer, los contratos celebrados por ésta sólo á ella obligan y no á su marido:

3° La ley 10, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la cual las deudas de los que tienen tiendas se prescriben por el trascurso de tres años: que además la sentencia ha cometido error de derecho en la apreciación hipotética que hace de que los objetos vendidos por Don Eduardo Doncet sean obra de su industria, implicando á la vez error de hecho, que resulta del documento y auto tan auténtico, como son las mismas facturas presentadas por el vendedor como ampliación á las posiciones que se le pidieron después de contestada la demanda:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que según la antigua jurisprudencia sancionada hoy por el art. 51 de la ley del matrimonio civil de 1870, es válida la compra hecha por la mujer casada de cosas muebles, destinadas á su uso y consumo ordinario ó al de la familia, á cuya clase pertenecen las que son objeto de este pleito, y debe pagarse su précio de los fondos de la sociedad conyugal, aunque no haya precedido licencia del marido, siempre que éste no lo hubiere prohibido expresamente:

Considerando que aunque se prescinda de dicha doctrina, por la cual se resuelve la cuestión del pleito en el sentido que lo hace la sentencia recurrida, ésta no infringe las leyes 55 y 56 de Toro, citada en el segundo motivo del recurso, porque si bien según ellas, la mujer casada no puede contratar ni obligarse sin licencia de su marido, es doctrina legal, deducida de las mismas leyes, que es válida la obligación contraída por la mujer sin dicho requisito cuando el marido la consiente y aprueba posteriormente, y por el convenio que el Duque y la Duquesa de Sessa celebraron en 28 de Junio de 1870, y que fué aprobado judicialmente, reconocieron la obligación de pagar las deudas por ambos contraídas que entonces estuvieran pendientes de pago, en cuyo caso se hallaba la que es objeto de este pleito:

Considerando que para estimar la excepción de prescripción, deducida por el demandado en su escrito de dúplica, no se funda la sentencia solamente en que no fué alegada tal excepción en la contestación á la demanda, sino también en que no se ha probado que los efectos vendidos por el demandante fuesen obra de su industria ó trabajo personal, ó las *hechuras de artesanos* á que se refiere la ley 10ª, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación, y como además resulta probado que quedó interrumpida la prescripción porque se reclamó el pago dentro de los tres años fijados por dicha ley, es evidente que ésta no ha sido infringida, y que es inoportuna la cita del art. 256 de la ley de Enjuiciamiento civil que se hace en el primer motivo:

Considerando que también es improcedente la impugnación de la apreciación de las pruebas que se hace en el tercer motivo, porque no se cita ley ni doctrina legal infringida, como es necesario para demostrar el error de derecho, y el error de hecho no puede comprobarse con las mismas pruebas, que han sido apreciadas, sino con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, como ordena la ley, á cuya clase no pertenecen las facturas presentadas por el vendedor, ni de ellas resulta lo que supone el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José María Ossorio de Moscoso, Duque de Sessa, y sostenido por sus hijos D. Luis Ossorio de Moscoso y Borbón, Conde de Cabra, y D. Francisco de Asís Ossorio de Moscoso y Borbón, Duque de Maqueda, á los que en tal concepto condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 24 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Agosto del mismo año.)

63

Recurso de casación (24 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera* —DECLARACIÓN DE HEREDERO Y ENTREGA DE BIENES.—No ha lugar al interpuesto por Doña Manuela Martínez Pardo con Doña Inocenta de la Torre (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

Que en materia de testamentos la voluntad del testador es la ley, y que sus palabras deben ser entendidas llanamente, así como suenan, con arreglo á la ley 5ª, *tít.* 33, *Partida* 7ª.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Febrero de 1883, en el pleito que ante Nos pende en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Mérida y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres por Doña Inocenta de la Torre y Pérez Pavón, vecina de dicha ciudad de Mérida y propietaria, representada y defendida por el Procurador D. José María Aguirre y el Licenciado D. Fernando López de Sagredo, con Doña Manuela Martínez Pardo, viudá de D. Manuel Salinas, de la propia vecindad y también propietario, á quien ha representado el Procurador D. Felipe Cano, bajo la dirección del Dr. D. Eugenio Montero Ríos, sobre que se declare á la Doña Inocenta heredera de su hermana Doña María del Carmen de la Torre, con entrega de los bienes correspondientes:

Resultando que D. Manuel Salinas y su mujer Doña María del Carmen de la Torre otorgaron testamento mancomunado en 17 de Marzo de 1875, en cuya segunda cláusula declararon que no tenían sucesión y sus respectivos padres habían fallecido, por lo que carecían de herederos forzosos; por la cláusula 4ª se instituyeron recíprocamente herederos de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, para que el superviviente los hubiera y gozara y dispusiera de ellos libremente como mejor le conviniera, y en la cláusula 5ª dispusieron que al fallecimiento del último los bienes de ambos que se conservasen y de que no hubiese dispuesto el que sobreviviera pasasen á su hermana carnal y política respectivamente Doña Inocenta de la Torre para que los disfrutase y conservase, y por su fallecimiento pasaran á sus hijos, si los tuviere por haberse casado; pero si no los tuviese porque continuase soltera, ó por no tener sucesión si llegara á casarse, no pudiera disponer de ellos en todo ni en parte hasta que llegara á la edad de 50 años; por la cláusula 6ª dispusieron para cumplir cuanto dejaban dispuesto en el testamento se nombraban recíprocamente albaceas el uno al otro, y en cuanto al último que falleciera, á su dicha hermana Doña Inocenta de la Torre: á unos y á otros con todas las facultades necesarias, y en especial para que extrajudicialmente y sin intervención de ninguna Autoridad practicasen inventario, tasación, liquidación y adjudicación de sus bienes en la forma que dejaron dispuesto:

Resultando que fallecida la Doña María del Carmen de la Torre en 26 de Julio de 1876, el D. Manuel Salinas contrajo matrimonio con Doña Manuela Martínez Pardo, y ambas cónyuges otorgaron testamento en 29 de Octubre de 1880, por el que, después de otras disposiciones, del remanente que quedase de todos sus bienes, derechos y acciones, instituyeron por sus herederos universales á los hijos que pudieran tener, y á falta de descendientes se instituyeron mutua y recíprocamente el uno al otro por su único y universal heredero, sin condición ni limitación alguna, nombrándose también mutuamente el uno al otro por albacea testamentario; revocando y dando por de ningún valor ni efecto todas las demás disposiciones testamentarias que hubiesen otorgado con anterioridad:

Resultando que fallecido D. Manuel Salinas en 31 de Mayo de 1881, en 5 de Noviembre del mismo año Doña Inocenta de la Torre y Pérez Pavón dedujo demanda, en la que expuso, después de hacer méritos de los antecedentes relacionados, que del caudal yacente por fallecimiento de Doña María del Carmen de la Torre no se practicó inventario, tasación, liquidación ni adjudicación, sino que el viudo D. Manuel Salinas continuó poseyéndolo y disfrutándolo en la misma forma que venía haciéndolo durante la sociedad conyugal con la expresada Doña Carmen, y en su poder quedaron por consiguiente los títulos de propiedad y demás documentos referentes á las aportaciones hechas por ésta al contraer su matrimonio y posteriormente durante el mismo: que fallecido Salinas después de contraer su tercer matrimonio con Doña Manuela Martínez Pardo, ésta sin anuencia de la Doña Inocenta procedió desde luego á adjudicarse los bienes todos, inscribiéndolos á su nombre en el Registro de la propiedad, y poseyéndolos venía y disfrutándoles como suyos propios no obstante las reclamaciones que la Doña Inocenta le había hecho para que le entregase los bienes todos que procedentes de su finada hermana Doña Carmen dejó el D. Manuel Salinas á su fallecimiento por considerarse heredera testamentaria de aquélla: que otorgado entre marido y mujer testamento de mancomún, el que de los dos sobreviva puede variar su voluntad, pero esta facultad no alcanza á modificar la del cónyuge premuerto: que instituyéndose mutuamente herederos en el mismo testamento para que el sobreviviente posea y disfrute los bienes de ambos y disponga de ellos como le conviniera y ordenando á la vez que al fallecimiento de éste los que se conservasen y de que no hubiese dispuesto pasen á otra persona que determinarán, ó se les dé otro destino, esta institución no es libre y absoluta, sino limitada hasta cierto punto, ó sea durante la vida de aquél, el cual ocurrida que fuese su muerte dará á los bienes del premuerto el destino que dejó dispuesto para que su voluntad sea cumplida: que en el hecho de haberse añadido después de la institución mutua contenida en la cláusula 4ª del testamento de Doña María del Carmen de la Torre y Don Manuel Salinas una condición tan expresiva cual es la 5ª, no puede menos de conocerse que los otorgantes quisieron modificar lo absoluto de la institución llamando á otros determinados herederos para después del fallecimiento del último de los instituídos por lo que para que se cumpliera la voluntad de la fallecida Doña María del Carmen y diciendo ejercitar la acción de petición de herencia, concluyó solicitando se declarase heredera á Doña Inocenta de la Torre de su finada hermana Doña María del Carmen de la Torre, conforme al dicho testamento, y se condenase á la referida Doña Manuela Martínez á que entregase á la

Doña Inocenta los bienes todos que procedentes de la Doña María del Carmen quedó á su fallecimiento el D. Manuel Salinas por las aportaciones de aquélla como por gananciales, si los hubo al tiempo de su muerte, de cuyos bienes la Doña Manuela Martínez se incautó desde luego de ocurrir el fallecimiento de su dicho marido, con más los frutos producidos por los mismos bienes ó debidos producir desde la muerte del D. Manuel, cuya separación ó disgregación de los que de éste procedan se ejecutase por peritos que respectivamente los interesados nombraron, con imposición á la Doña Manuela de las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Manuela Martínez, al evacuarle aceptó los hechos expuestos por la demandante, adicionando que D. Manuel Salinas y la Doña Manuela Martínez otorgaron un testamento mancomunado en 29 de Octubre de 1880, por el que se instituyeron recíprocamente herederos universales uno de otro; y alegó que como quiera que el D. Manuel Salinas dispuso de todos sus bienes, y por consiguiente de los que obtuvo de su mujer Doña María del Carmen de la Torre en el testamento citado correspondían á su heredera la demandada Doña Manuela, porque las palabras del testador han de entenderse en su genuino y literal sentido, interpretándose de manera que no vaya mas allá de lo que expresa la letra de su disposición: que el segundo testamento desata el primero: que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte; y que separándose una sentencia de la expresada voluntad de los testadores, que es la ley en los litigios sobre sucesión, se infringe dicha ley; y en su virtud pidió se le absolviese de la demanda, condenándose á la demandante á perpetuo silencio y en las costas:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones, y seguido el juicio por sus trámites, la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, por sentencia de 19 de Junio de 1882, confirmatoria sustancialmente de la del Juez de primera instancia declarando á Doña Inocenta de la Torre y Pérez Pavón heredera de su hermana Doña María del Carman, conforme al testamento de 19 de Marzo de 1875, condenó á Doña Manuela Martínez Pardo, viuda de D. Manuel Salinas, á que entregue á Doña Inocenta de la Torre todos los bienes que procedentes de Doña María del Carmen de la Torre Pérez y Pavón quedaron al fallecimiento de D. Manuel Salinas, tanto los que aportase al matrimonio como los procedentes de gananciales, con los frutos producidos y debidos producir desde el día de la muerte del D. Manuel Salinas, los cuales se liquidarán con arreglo á derecho:

Resultando que por parte de Doña Manuela Martínez Pardo se interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

Que la sentencia infringe la doctrina consignada en la de este Tribunal Supremo de 1° de Febrero de 1871, según la que las cláusulas de un testamento deben interpretarse concertando entre sí y de manera que no resulte sin sentido ni objeto alguna parte de ellas, entendiendo las palabras en su sentido propio; y asimismo infringe la ley 5ª, título 23, Partida 7ª, que dispone que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan; porque el texto de la cláusula 4ª del testamento de Salinas y su segunda esposa contiene una institución de heredero sin limitación alguna que mútuamente se hicieron los cónyuges, y con arreglo á ella el sobreviviente había de ser heredero del premuerto en plena propiedad y do-

minio, pudiendo por consiguiente disponer libremente ó sea de cualquier manera válida en derecho de todos ó parte de los bienes de la herencia: que por esto pudo Salinas otorgar el testamento de 1880 y disponer en él, como en efecto dispuso, de los bienes procedentes de su segunda consorte á favor de quien tuvo por conveniente: que no podía decirse que la cláusula 5ª quisieron los cónyuges para el caso de que el superviviente falleciese sin nombrar heredero, nombrar desde luego la persona de este heredero sustituto, y así lo hicieron, designando á Doña Inocenta de la Torre; pero la eficacia de este nombramiento é institución había de depender de dos circunstancias, á saber: que al fallecimiento del último de los cónyuges hubiese en su poder bienes suyos ó del premuerto y que aquél no hubiere dispuesto de ellos; y entendiendo la palabra disponer, usada en ambas cláusulas en su verdadero sentido, nada resulta superfluo en ambas, y por la inversa, todo lo que contienen se concierta perfectamente:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que en materia de testamentos la voluntad del testador es la ley, y que sus palabras deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, con arreglo á la ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª:

Considerando que D. Manuel Salinas y su mujer Doña María del Carmen de la Torre y Pérez Pavón otorgaron testamento mancomunado en 17 de Marzo de 1875, y en la cláusula 4ª se instituyeron herederos de todos sus bienes, derechos y acciones para que el que sobreviviera los hubiera y gozara y dispusiera de ellos libremente como mejor le conviniera:

Considerando que la libre disposición de los bienes, derechos y acciones concedida al cónyuge sobreviviente se limitó por la cláusula 5ª del mismo testamento, una vez que en ella se dispuso que al fallecimiento del último testador los bienes de ambos que se conservasen y de que no hubiese dispuesto el que sobreviviera pasaran á Doña Inocenta de la Torre, razón por la que D. Manuel Salinas pudo disponer de la herencia de su difunta esposa por actos entre vivos, pero no por testamento, como lo ha verificado á favor de su nuevo consorte Doña María Mortínez Pardo:

Considerando que en tal concepto la sentencia que estima la demanda no infringe el testamento de Doña María del Carmen de la Torre y Perez Pavón ni la doctrina y ley que se invocan en el único motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña Manuela Martínez Pardo, á la que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Cáceres, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 24 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Agosto del mismo año.)

64

Recurso de casación (26 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —REIVINDICACIÓN DE TERRENOS.—No ha lugar al interpuesto por D. Eugenio Capitán con D. Dionisio Paredes (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que refiriéndose el art.* 33 *de la Instrucción de* 31 *de Mayo de* 1875, *la Real orden de* 18 *de Febrero de* 1860, *la de* 3 *de Enero de* 1868, *el art.* 7º *del Real decreto de* 10 *de Julio de* 1864 *y la jurisprudencia consignada por el Consejo de Estado de no considerar á los simples rematantes con derecho alguno mientras la adjudicación no se hace y ellos pagan, confirmada por la Real orden de* 6 *de Marzo de* 1877, *á los casos y forma en que ha de hacerse por los compradores de bienes nacionales la cesión del remate, esto se entiende con relación al Estado, vendedor, y en nada pueden modificar las leyes relativas á los contratos entre particulares:*

2º *Que las leyes* 2ª *y* 51, *tít.* 5º, *Partida* 5ª, *y la doctrina establecida en su conformidad por el Tribunal Supremo se hallan modificadas por la ley del Registro de la propiedad, que da la preferencia en los bienes raíces enajenados al comprador que haya inscrito primero su título;*

Y 3º *Que si el error de hecho y de derecho que se alega para apoyar el recurso en el art.* 597 *de la ley de Enjuiciamiento civil, no tiene otro fundamento que el tratarse de apreciar documentos públicos y no de prueba testifical, y la Sala sentenciadora no ha negado eficacia á documento público alguno, sino solamente ha declarado cuáles son preferentes en el caso del pleito, no existe la infracción alegada.*

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio, de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Eugenio Capitán y Prieto, propietario, vecino de Plasencia, y en su nombre el Procurador D. Eusebio Casaes, bajo la dirección del Doctor D. Julián de Mendieta, con D. Dionisio Paredes y Guillén, hoy su viuda y testamentarios, representados por el Procurador Don Joaquín Díaz Pérez, dirigido por el Licenciado D. Antonio Maura, sobre reivindicación de terrenos:

Resultando que D. Juan Vera y López remató en 22 de Octubre de 1859 dos cuartos de la dehesa de Valverde, de la provincia de Cáceres, denominados Canterilla y Volleverde, pertenecientes á los Propios de Valdeobispo, el primero en 27.650 pesetas, y el segundo en 18.450; habiéndosele adjudicado como mejor postor por la Junta superior de Ventas en sesión de 21 de Noviembre siguiente:

Resultando que en 4 de Julio de 1862 otorgó escritura en esta corte D. Juan de Vera y López, declarando que el remate de dichas fincas lo hizo por cuenta, cargo y bajo la responsabilidad de D. Lucio González ó de la persona ó personas que éste en su día pudiese nombrar, por lo que se le cedía y traspasaba con cuantas facultades fuesen necesarias, para que en virtud de su derecho, ó representando el del mismo Vera, se personase en los expedientes de subasta, que oyera las notificaciones y practicara las diligencics necesarias para hacer su primer pago y los de los demás plazos que tuviera por conveniente, cesión que aceptó D. Lucio González por haberse hecho el remate por su cuenta, orden y encargo, obligándose á hacer suya la responsabilidad de pago, ó en su defecto las personas á quienes designase, dejando libre de ella al rematante por declararse desde aquel acto subrrogado en todas las acciones y obligaciones de éste:

Resultando que en escritura que otorgaron en Madrid á 26 de Abril de 1879 D. Lucio González y Martínez, por su propio derecho y en virtud de las facultades que como apoderado de D. Juan Vera le estaban

conferidas, y D. Dionisio Paredes y Guillén, manifestaron que hasta entonces no había podido tener efecto el pago de plazo alguno de los 10 en que dichas fincas fueron subastadas, y para que pudiera verificarse, bien á nombre del primer rematante, bien al de Paredes, como su sucesor y cesionario de todos sus derechos, D. Lucio González hacía cesión y traspaso de dichas dos fincas á D. Dionisio Paredes, á quien desde luego nombraba sucesor en todas las actuaciones, obligaciones y derechos del rematante D. Juan de Vera, como él lo era en el poder referido ó la persona ó personas que pudiera designar, nombrando al efecto á Paredes, á quien desde luego confería el poder necesario para que pudiese con dinero de su propiedad pagar los plazos que tuviera por conveniente y practicar todo lo demás necesario; poder y cesión de fincas que aceptó Paredes, obligándose á cumplir las condiciones de la subasta que se trasfería:

Resultando que en documento privado, fechado en Plasencia á 20 de Abril de 1875, D. Juan de Vera y López cedió á D. Eugenio Capitán, siempre que la Dirección de Ventas de bienes nacionales confirmase á su favor el remate que hizo en 22 de Octubre de 1859 de los dos cuartos mencionados de la dehesa de Valverde el derecho á dichos dos cuartos, pagando Capitán al Estado su importe al contado, y verificado el pago otorgaría Vera á Capitán la correspondiente escritura; habiendo declarado á continuación en el mismo documento D. Juan de Vera con fecha 23 de Noviembre del mismo año que Capitán le había entregado 152.682 reales 85 céntimos para pago de las fincas, teniendo que satisfacerle 41.717 reales 12 céntimos por resto de su cuenta el día que se otorgase la escritura á su favor de las fincas citadas en aquel contrato:

Resultando que en 13 de Diciembre del repetido año 1875 entabló demanda D. Eugenio Capitán en el Juzgado de primera instancia de Plasencia para que se condenase á D. Juan Vera y López á otorgar á su favor la escritura de compraventa de los dos cuartos de la dehesa; y condenado por ejecutoria de la Audiencia de Cáceres de 8 de Marzo de 1877 al otorgamiento de dicha escritura, se otorgó, en efecto, por el Juez de primera instancia en 30 de Noviembre siguiente, siendo inscrita en el Registro de la propiedad en 1° de Diciembre, y habiéndose dado posesión á Capitán en 1° de Enero de 1878:

Resultando que D. Dionisio Paredes á su vez había entablado demanda en 7 de Diciembre de 1876 en uno de los Juzgados de primera instancia de esta corte para que se condenase á D. Juan de Vera á entregarle libre de carga las dos fincas Caterillas y Valleverde, con los frutos percibidos y debidos percibir y el importe de los daños y perjuicios; pretensión que fundó en que rematadas dichas fincas por Vera, por cuenta y encargo de D. Lucio González, quedó en suspenso la aprobación de la subasta y por lo mismo el pago del primer plazo del precio por haberse promovido un incidente de nulidad ó excepción: que como se demoraba su terminación y no se le había otorgado documento alguno por el cual González pudiese acreditar que el remate le correspondía, se otorgó la escritura de 4 de Julio de 1862 y después la de cesión de 1869: que trascurridos algunos años, prevaliéndose Vera de la circunstancia de figurar en el expediente como rematante, y noticioso de que al fin había sido aprobada la subasta, convino con capitán en enajenar las fincas cuyos 10 plazos pagó de una vez á la Hacienda, que otorgó la escritura á favor del que en apariencia era el rematante:

Resultando que anotada preventivamente esta demanda en el Re-

gistro de la propiedad, y seguido el juicio en dos instancias, por ejecutoria de 12 de Julio de 1879 se condenó á Vera á entregar á Paredes las dos fincas demandadas, en cuyo acto debería pagar Paredes á Vera el importe del primer plazo del precio del remate:

Resultando que acordado en ejecución de esta sentencia que se pusiera en posesión de las fincas á D. Dionisio Paredes, como en efecto se le puso con protesta de D. Eugenio Capitán, y que el Registrador de la propiedad convirtiera en inscripción definitiva la anotación preventiva que hizo de la demanda, como se negó á ello el Registrador, se instruyó el expediente gubernativo que resolvió la Dirección general, declarando que mediante la presentación de la ejecutoria debía convertirse en inscripción definitiva la citada anotación:

Resultando que en 28 de Diciembre de 1880 dedujo D. Eugenio Capitán la demanda objeto de este pleito para que se condenase á D. Dionisio Paredes á dejar á su disposición en plena y absoluta libertad los cuartos enclavados en la dehesa de Valverde, titulados Valverde y Canterillas, con todos los frutos que tuviera producidos, más los pendientes, intereses, daños y menoscabos desde el día en que indebidamente entró en posesión de dichas fincas, mediante á que éstas pertenecían á D. Eugenio Capitán en pleno dominio en virtud de la escritura de venta judicial otorgada á su favor en 30 de Noviembre de 1877, inscrita en el Registro de la propiedad, y por lo que se dió posesión judicial en 10 de Enero de 1878, que tomó sin oposición alguna; pretensión que fundó en que la compraventa era título traslativo de dominio: que no teniendo Vera ningún derecho á los predios referidos por haberlos cedido á Capitán, no había podido disponer de ellos, siendo improcedente todo lo que hubiese convenido con Paredes: que Capitán tenía la legítima posesión por título de compra y entrega del precio y no podía ser despojado de ella sin ser oído y vencido en juicio; y que el que causaba daño á otro debía ser responsable de los daños y perjuicios:

Resultando que D. Dionisio Paredes impugnó la demanda, consignando como hechos los antecedentes que quedan referidos, de los cuales dedujo como fundamentos legales que el que carecía de dominio nunca lo trasmitía á otro, aun cuando mediaran cuantos contratos reconocía la ley, y Vera jamás tuvo derecho propio en la compra de dichas fincas, pues había intervenido en la subasta por encargo y á cuenta de González, y los derechos que pudiese tener los había trasmitido á éste en virtud de la escritura de 1862, cual los enajenó á su vez á Paredes en 1869; y que no habiendo obtenido Vera el dominio de dichas fincas, para lo cual necesitaba título y modo, careciendo también de aquellos otros derechos distintos del dominio que del acto del remate pudieron nacer, quizás á Capitán asistirían por consecuencia de los pactos y entregas que entre él y Vera mediasen, acciones de índole personal y tal vez criminales, pero nunca la reivindicatoria, que era peculiar de dominio; y terminó pidiendo que declarando que los títulos que el actor invocaba no habían trasmitido el dominio de las fincas que reclamaba ni destruían ni amenguaban los derechos de D. Dionisio Paredes, se absolviera á éste de la demanda, con imposición al demandante de las costas:

Resultando que D. Eugenio Capitán replicó que las cesiones de Vera á González y Paredes no podía surtir efecto por no estar ajustadas á la ley de 18 de Febrero de 1860, dado que podían tener un carácter de prima ó de cualquier otro género ilícito: que si González y Paredes

practicaron alguna gestión, fué en el concepto de apoderados de Vera, lo cual significaba que éste era el verdadero ó dueño del remate, con cuyo carácter el Estado se lo adjudicó y otorgó á su favor la escritura de venta, que fué inscrita en el Registro de la propiedad: que la posesión del demandado era ineficaz, porque nadie podía ser privado de ella sin ser oído y vencido en juicio: que la sentencia obtenida por aquél contra Vera no perjudicaba al demandante por no haber sido parte en aquel juicio, ni tampoco la anotación preventiva á favor del demandado, que no pudo reclamar la propiedad de bienes inmuebles, bajo las supuestas escrituras de cesión del remate, siendo por su propia índole revocable y transitoria: que dicha anotación no se hizo en virtud de sentencia definitiva, sino de una providencia judicial que no pudo declarar ni declaró derechos ni modificó el carácter de las obligaciones que garantizaba; y que el derecho del demandante traía su origen de la escritura de venta otorgada por el Juzgado de primera instancia de Plasencia en ejecución de sentencia dictada en pleito contra D. Juan Vera López, cuyo derecho debió disputar el demandado en el mismo Juzgado para contrariar los efectos de la sentencia:

Resultando que el demandado en el escrito de dúplica alegó que el actor no había ejercido acción para que se le absolviera sobre los contratos de cesión de Vera á favor de González y de éste al de Paredes; y que habiéndolos impugnado Vera en el pleito con aquél, se habia declarado el valor legal de las escrituras de cesión; y que cuando el demandante presentó su escritura de compraventa en el Registro de la propiedad, estaba ya anotado el derecho del demandado y no se había pedido ni se pedía la cancelación de dicha anotación:

Resultando que suministrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que confirmó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte en 10 de Junio de 1882, si bien alzando la condenación de costas que aquella contenía, absolviendo á D. Dionisio Paredes y Guillén de la demanda:

Resultando que D. Eugenio Capitán interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° El art. 33 de la instrucción de 31 de Mayo de 1875, pues en su párrrafo séptimo sólo admitía la cesión cuando se hacía ante el Juez en el acto de la subasta en los dos días siguientes á la notificación de haber sido adjudicada la finca; la Real orden de 18 de Febrero de 1860, que prohibe admitir cesiones sin acreditar antes que el cedente tenía satisfecho el primer plazo; la Real orden de 3 de Enero de 1868, que sólo considera válidas las cesiones anteriores á esa fecha cuando por virtud de ellas haya otorgado el Estado las escrituras de venta en favor de los cesionarios; pues las cesiones sucesivas sólo son válidas cuando se hacen dentro de los 10 días de haber pagado el primer plazo siempre que esto tuviera lugar dentro del término marcado en el artículo 145 de la instrucción; el art. 7° del Real decreto de 10 de Julio de 1865, que no concede derecho á los compradores ni para reclamar sino dentro de los 15 días siguientes á la posesión y pago del primer plazo; y la jurisprudencia consignada por el Consejo de Estado de no considerar á los simples rematantes con derecho alguno mientras la adjudicación no se hace y ellos pagan, confirmada por la Real orden de Hacienda de 6 de Marzo de 1877, á propuesta de la sección de lo Contencioso de aquel alto Cuerpo, por la que se declara improcedente la vía contenciosa é inadmisible una demanda dirigida por los rematan-

tes contra una Real orden en que se anularon varios remates de fincas para procedr á subastarlas desde luego:

2° La ley 2ª, tít. 5° de la Partida 5ª, por la cual se ordena que vendiendo uno una cosa á dos en tiempos departidos, si aquel á quien la vendió primeramente pasó á la tenencia de ella y paga el precio, ese la debe haber y no el otro, estando obligado el vendedor á tornar el precio á aquel que la vendió, con todos los daños; y que si el postrimero comprador pasase á la tenencia y á la posesión y pagase el precio, él la debe haber y no el primero; la ley 51 del mismo título y Partida, que dispone que en la venta de cosa ajena dando desde luego la posesión de ella, si el vendedor ganase el señorío de ella y la vendiese después á otro, el primer comprador tenía mayor derecho en ella; doctrina legal sancionada por las sentencias de este Tribunal Supremo de 4 de Mayo de 1860, 14 de Octubre de 1861, 13 de Octubre de 1864, 12 de Julio de 1869 y 12 de Julio de 1875; disposiciones legales de exacta aplicación á favor de Eugenio Capitán, toda vez que éste concertó y convino la compra de las fincas con Vera en 20 de Abril y 23 de Noviembre de 1875, pagando al contado el precio de dichas fincas, que como del Estado estaban vendidas á plazos: que por sentencia firme se le otorgó escritura judicial, que se inscribió en el Registro, dándosele posesión, siendo sin embargo reconocida la preferencia al derecho de esas fincas que alegaba D. Dionisio Paredes, reducido á una escritura de cesión de un remate sin haber pagado el precio ni alegado sobre esto cosa alguna:

3° La ley 2ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilación, según la cual nadie puede sér despojado de su posesión sin ser previamente llamado y oído y vencido en juicio; la jurisprudencia constantemente admitida por los Tribunales en el mismo sentido, y confirmada por la jurisprudencia de este Supremo, consignada en las sentencias, entre otras, de 5 de Octubre de 1863 y 24 de Febrero de 1865; y el art. 10 de la ley fundamental del Estado, vigente, que dice que nadie puede ser privado de su propiedad sino por la Autoridad competente, y no lo era según la ley antes citada sino el Juez ánte quien había sido demandado y vencido el poseedor; toda vez que vencido Vera en el pleito seguido por Capitán, éste obtuvo la posesión de las fincas que le dió el Juzgado, y hallándose en ella se le despojó en virtud de una providencia judicial, bajo protexto de cumplimiento de una ejecutoria que no disponía semejante acto posesorio:

4° Sobre la anotación preventiva que hizo D. Dionisio Paredes y que parecía se había convertido en inscripción definitiva por acuerdo de la Dirección general del Registro de la propiedad, el art. 3° de la ley Hipotecaria y el 17 del Reglamento, puesto que no constaba título á favor de D. Dionisio Paredes, formulado en escritura pública traslativa de dominio; no estaba tampoco fijado el precio de la venta para la liquidación y cobro del impuesto, ni mucho menos se había acreditado con carta de pago haber satisfecho el mencionado impuesto á la Hacienda pública; todo lo cual se encontraba puntualmente por D. Eugenio Capitán. El art. 33 de la misma ley, que dispone que la inscripción no convalida los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes. El artículo 34, que determina que los actos ó contratos otorgados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos no se invalidarán en cuanto á los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule ó resuelva el derecho

del otorgante en virtud de título anterior no inscrito ó de causas que no resulten claramente del Registro; hallándose confirmada la doctrina de este artículo por las sentencias de este Supremo Tribunal de 21 de Febrero de 1870, 8 de Julio de 1871 y 28 de Mayo de 1874. El art. 38, que en consonancia con el 36, que dice que no se anularán ni rescindirán los contrattos sin perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, entre otras causas por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de cllas no hubiere sido inscrita. Y el art. 82 de la misma ley, por el que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de aasación, ó por otra escritura ó documento auténtico en el cual exprese su consentimento para la cancelación la persona en cuyo favor se hubiere hecho la inscripción; añadiendo que las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial, no se cancelarán sino por providencia ejecutoria;

Y 5° que al considerar la sentencia que debidamente apreciadas las pruebas el recurrente no había justificado el dominio, había infringido por consiguiente el art. 597 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil, las leyes 8ª, tít. 14, y 114, tít. 18 de la Partida 3ª, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 20 de Febrero de 1866 y 26 de Febrero de 1872; pues cuando se trataba de prueba testifical, obrababan los Tribunales con cierta libertad para apreciarla; pero cuando se trataba de documentos públicos, como lo eran las actuaciones judiciales, había que dar crédito á los hechos que en ellas constaban:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que las disposiciones citadas en el primer fundamento, aun prescindiendo de su pertinencia ó no en el recurso de casación son inaplicables á la cuestión pendiente, y no han podido ser infringidas, puesto que refiriéndose á los casos y forma en que ha de hacerse por los compradores de bienes nacionales la cesión del remate, esto se entiende con relación al Estado, vendedor, y en nada pueden modificar las leyes relativas á los contratos entre particulares, á cuya naturaleza corresponden los que han dado lugar al pleito:

Considerando que las leyes 2ª y 51, tít. 5°, Partida 5ª, y la doctrina de las sentencias citadas en el segundo fundamento se hallan modificadas por la ley del Registro de la propiedad, que da la preferencia en los bienes raíces enajenados al comprador que haya inscrito primero su título, en cuyo caso se halla el recurrido, que anotó preventivamente su demanda, y habiendo vencido en ella, convirtió legalmente en inscripción definitiva la referida anotación, anterior en fecha á la del recurrente:

Considerando que la ley 2ª, tít. 34, libro 11 de la Novísima Recopilació, citada en el tercer fundamento, no ha sido infringida por la sentencia, que en este pleito seguido entre Capitán y Paredes declara el mejor derecho de éste á la propiedad de las fincas litigiosas, no tratánse en él sino incidentalmente de la forma en que antes se dió la posesión de las mismas:

Considerando que tampoco infringe la sentencia los artículos de la ley Hipotecaria ni las doctrinas citadas en el cuarto fundamento, puesto que Paredes anotó preventivamente su demanda antes que Capitán inscribiera en escritura de compra, y por consiguiente al hacer Capitán la inscripción tuvo noticia del pleito pendiente, y como en él ven-

ció Paredes, la sentencia, que es su título, da eficacia á la inscripción desde la fecha de ésta, con lo cual caen por su base todos los fundamentos del motivo;

Y considerando, por último, que el error de hecho y de derecho que se alega en el quinto motivo como cometidos por la sentencia para apoyar el recurso en el art. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, no tiene otro fundamento que el tratarse de apreciar documentos públicos y no de prueba testifical, y la Sala sentenciadora no ha negado eficacia á documento público alguno, sino solamente ha declarado cuáles son preferentes en el caso del pleito, por lo cual no existe la infracción alegada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Eugenio Capitán y Prieto, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Agosto del mismo año.)

65

Competencia (26 *de Febrero de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE DAÑOS.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia de Fuente Ovejuna la suscitada con el de igual clase de Villanueva de la Serena sobre conocimiento de la demanda deducida por D. Victoriano Ortiz Balsera contra D. José Murillo Velarde y otro, y se resuelve:

1º *Que conforme á la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento;*

Y 2º Que con arreglo á derecho y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo deben los daños y perjuicios ser demandados ante el Juez del lugar donde se hayan causado, aunque el dañador sea de otra vecindad, y allí debe cumplir lo de que resulte responsable.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Febrero de 1883, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez de primera instancia de Villanueva de la Serena al de igual clase de Fuente Ovejuna sobre conocimiento de la demanda deducida por D. Victoriano Ortiz Balsera contra D. José Murillo Velarde y D. Ruperto Fernández Arévalo sobre pago de pesetas, procedentes de daños y perjuicios:

Resultando que D. Victoriano Ortiz y Balsera dedujo demanda en el Juzgado de primera instancia de Fuente Ovejuna, en la que expuso que siendo arrendatario de la dehesa nombrada del Jaroso, sita en aquél término, había estado privado desde mediados de Julio de aquel año 1882 de hacer uso de todas las aguas de ella con sus carneros por haber abrevado la ganadería de D. José Murillo y D. Ruperto Fernández, causándole con ello un perjuicio apreciado en 840 pesetas: que por estar infestada de viruela la ganadería de aquéllos había tenido que dejar de aprovechar 30 fanegas de tierra para evitar el contagio, perjuicio que estimaba en 150 pesetas, y que habiendo sido inútiles los pasos amistosos que había dado para conseguir el pago de estas sumas, ejercitan-

do la acción personal que emanaba de estos hechos, pedía se condenara á D. José Murillo y D. Ruperto Arévalo, vecinos de Campanario, al pago de 990 pesetas y las costas:

Resultando que librado exhorto al Juzgado de primera instancia de Villanueva de la Serena para el emplazamiento de los demandados, á su instancia, y después de oído el Promotor fiscal, dicho Juez se declaró competente para conocer de la demanda, requiriendo de inhibición al de Fuente Ovejuna, fundado en que tratándose del ejercicio de una acción personal, el Juez competente era el del lugar en que debiera cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento: que en el caso presente faltaba el lugar en que debía cumplimentarse la obligación objeto del negocio, y que además los demandados no habían sido requeridos dentro de la jurisdicción del Juzgado de Fuente Ovejuna y había podido hacerse el emplazamiento oportuno en aquella jurisdicción.

Resultando que el Juez de Fuente Ovejuna, con audiencia del demandante y del Ministerio fiscal, se negó á la inhibición, fundando su competencia en que teniendo por objeto la demanda reclamar el importe ó indemnización de un daño causado por los ganados de los demandados dentro del término de la villa de Fuente Ovejuna, ejercitando para ello una acción personal, era incuestionable que debía conocer de ella aquel Juzgado, porque lo era del lugar donde el daño fué hecho, y aun cuando los dañadores fueran de otra vecindad, allí debían cumplir lo de que resultasen responsables, con arreglo á lo determinado en las leyes 15, tít. 1°, y 3ª, tít. 15, Partida 7ª, y la doctrina sentada por este Supremo Tribunal en sentencias de 27 de Febrero de 1866, 3 de Abril de 1867 y 8 de Febrero de 1879:

Resultando que el Juez de Villanueva insistió en la inhibición, y que en su virtud uno y otro han elevado las actuaciones á este Supremo Tribunal:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que conforme á la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que la acción que se ejercita en estas actuaciones es personal, en reclamación de daños y perjuicios ocasionados en el término judicial de Fuente Ovejuna, y con arreglo á derecho y á la jurisprudencia de este Tribunal Supremo deben los daños y perjuicios ser demandados ante el Juez del lugar donde se hayan causado, aunque el dañador sea de otra vecindad, y allí debe cumplir lo de que resulte responsable;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda entablada en estos autos por D. Victoriano Ortiz Balsera contra D. José Murillo Velarde y D. Ruperto Fernández Arévalo corresponde al Juez de primera instancia de Fuente Ovejuna, al que se remitan todas las actuaciones á los efectos de derecho; y póngase la presente resolución en conocimiento del Juez de Villanueva de la Serena; siendo las costas ocasionadas de cuenta respectiva de las partes.—(Sen-

tencia publicada el 26 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 20 de Marzo del mismo año.)

66

Recurso de casacion (27 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERIA DE MEJOR DERECHO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Manuela Arregui con Doña Andrea Aristiguieta (Audiencia de Palma), y se resuelve:

Que conforme á lo que prescribe el art. 355 *de la ley de* 17 *de Julio de* 1877, *la hipoteca tácita legal establecida por la legislación anterior á* 1° *de Enero de* 1863 *en favor de la mujer casada sobre los bienes de su marido por su dote y parafernales que la hubieran sido entregadas, puede extinguirse, subrrogarse ó posponerse siempre que siendo aquélla mayor de edad preste á ello su consentimiento, quedándole, sin embargo, á salvo el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si lo tuviere, en sustitución de los enajenados ó gravados, según determina el artículo* 188 *de la misma ley.*

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Pamplona y en la Sala de justicia de la Audiencia de aquella ciudad por Doña Andrea Aristiguieta y Galtés, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con Doña María Arregui y Aldaz, y en su nombre el Procurador Don Manuel de Diego, bajo la dirección del Licenciado D. León Galindo y de Vera, y con D. Javier Escartín, que tampoco ha comparecido, sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que con motivo del matrimonio de D. Javier Escartín y Doña Andrea Aristiguieta se otorgó escritura en Irún á 7 de Junio de 1858, en la que se hizo constar las aportaciones de cada uno de los contrayentes, consistiendo la de Doña Andrea en su hijuela paterna, importante á una suma 1.926.792 rs. vn. y 33 céntimos, en diferentes valores, créditos y fincas en la isla de Cuba, todo lo cual introdujo como caudal propio y en calidad de dote, con los privilegios y prerrogativas correspondientes á los bienes dotales; constituyéndose D. Javier Escartín en haberlos y tenerlos como tales bienes dotales, con las preferencias y demás favorables á los mismos y en calidad de dote inestimada, pero con la condición de que cualquiera parte de ella que realizada en lo sucesivo se redujera á numerario, pertenecería desde luego á la clase de dote estimada, de dominio y disposición del marido, cuya responsabilidad desde entonces, en cuanto á la parte realizada, ancanzaría hasta la cantidad que hubiera producido:

Resultando que por escritura de 28 de Junio de 1871, Doña Manuel; Arregui dió en préstamo á D. Javier Escartin, con interés de 5 y media por 100, la cantidad de 50.000 pesetas, obligándose á devolverla paro igual día de 1875, hipotecándole la casa núm. 7 de la calle de Calceteaeros de Pamplona, y la número 67 del barrio extramural de la Rochapea, fincas que le pertenecían por haberlas heredado de sus padres habiendo concurrido á la escritura Doña Andrea Aristiguieta para declarar con licencia marital qne sobre las fincas hipotecadas no la correspondía ni tenía hipoteca expresa inscrita á su favor en el Registro, y que si la competía la tácita por sus derechos dotales, la posponía expresamente á la obligación citada, con perfecto acuerdo y consenti-

miento de su marido; habiendo sido inscrita esta escritura en el Registro de la propiedad:

Resultando que en 6 de Noviembre de 1880, Doña Manuela Arregui demandó ejecutivamente á D. Javier Escartín para el pago del citado crédito, y embargadas las fincas hipotecadas y dictada á su tiempo sentencia de remate, se procedió por la vía de apremio contra aquéllas:

Resultando que en tal estado y con fecha 14 de Febrero de 1881 dedujo Doña Andrea Aristiguieta la demanda objeto de estos autos, en la que consignó los hechos que quedan referidos, á los cuales añadió que de los bienes que aportó á su matrimonio sólo subsistían las fincas de Cuba, y que con los que actualmente contaban no había ni con mucho para cubrir su aportación dotal; y deduciendo como fundamentos legales que á la mujer que como la demandante casó con anterioridad á la ley Hipotecaria y entregó su dote al marido, asistía hipoteca tácita sobre todos los bienes de éste, no sólo para repetir aquélla en el caso en que procediera su devolución, sino para ejercitar prelación sobre los demás acreedores del mismo, y la hipoteca especial que el marido hubiera constituído en dicho caso, cedía ante la legal que con arreglo á la legislación antigua disfrutaba la mujer; y que no era obstáculo á dicha apelación en el caso actual la postergación en que intervino Doña Andrea en la escritura de préstamo, porque ni en términos generales obligaba un anto semejante á la mujer, ni mucho menos en los estraños y especiales términos en que aparecía hecho; en ejercicio del privilegio dotal y de la acción de nulidad en su caso, suplicó se declarase la nulipad si fuere necesario de la postergación de hipoteca otorgada por Doña Andrea en la escritura que servía de título ejecutivo á Doña Manuela Arregui, y en todo con la preferencia de que aquélla disfrutaba sobre ésta para realizar en los bienes embargados sus derechos dotales, postergando el crédito reclamado, á fin de que á dichos bienes ó su precio se les diera el destino que procediera en justicia, con las costas:

Resultando que Doña Manuela Arregui impugnó la demanda, alegando que Doña Andrea Aristiguieta satisfizo en el año 1873, como apoderada de su marido, dos anualidades de réditos devengados por el capital en cuestión: que Doña Andrea y su marido otorgaron escritura en 4 de Agosto de 1873, en la que de común acuerdo se sustituyó con hipotecas especiales la general y tácita á que pudiera tener derecho la demandante por su dote, y al constituirla asignaron á cada uno de los inmuebles la cantidad de que habían de responder, gravando, en su consecuencia, con 40.000 pesetas la casa de la calle de Calceteros, y con 7.000 la del barrio de la Rochapea, que habían sido vendidas en el procedimiento ejecutivo, y que el fallo de un pleito seguido por la misma Doña Andrea con su marido sobre devolución de dote, se había consignado que la cuestión debatida tenía que deducirse de las disposiciones de la ley Hipotecaria de 1870 por haberse acogido á ella para asegurar sus derechos dotales: que si en tesis general era cierto el fundamento primero de la demanda, no tenía aplicación al caso de Doña Andrea Aristiguieta, porque habiéndose acogido á los beneficios de la ley Hipotecaria, sus derechos tenían que regirse por ella: y que á la declaración hecha por Doña Andrea Aristiguieta en el contrato de préstamo, la era aplicable el principio en materia de contratos de que lo convenido entre los contratantes tiene fuerza de ley, toda vez que Doña Manuela intervino en el mismo obteniendo la licencia marital, y ni se obligó mancomunadamente con su consorte ni salió fiadora de él:

Resultando que la demandante al replicar manifestó que no recordaba haber hecho los pagos á que se refería Doña Manuela Arregui; pero de todos modos, habiendo sido en concepto de apoderada de su marido, ninguna consecuencia legal podía sacarse de él; que era cierto el otorgamiento de la escritura de 1873; pero que había sido posterior al gravamen impuesto por la ejeculante y no se había inscrito en el Registro; conviniendo también en la certeza del hecho referente al pleito sobre devolución de la dote entre marido y mujer, cuya circunstancia convenía tener presente:

Resultando que D. Javier Escartin aceptó los hechos y fundamentos de derecho de Doña Manuela Arregui, y que recibido el pleito á prueba y suministrada por las partes con relación á los hechos alegados, sustanciado el juicio en dos instancias, dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona sentencia revocatoria en 3 de Octubre de 1882, declarando nula, de ningún valor ni efecto la postergación que en la escritura que sirvió de título ejecutivo hizo la tercerista Doña Andrea Aristiguieta de su hipoteca legal en favor de la establecida por su marido para el préstamo de Doña Manuela Arregui, y preferente el derecho de aquélla sobre ésta para realizar en los bienes embargados sus derechos dotales con antelación y preferencia el crédito reclamado por la citada Doña Manuela, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que Doña Manuela Arregui interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º Al declarar nulo y de ningún valor el contrato que otorgó Doña Andrea Aristiguieta renunciando la prelación que por su dote tenía en los bienes de su marido, y postergando su hipoteca á la del crédito de Doña Manuela Arregui, la ley 12, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, 56 de Toro, que reconoce en la mujer casada capacidad para otorgar con licencia del marido todos los contratos que no la estén prohibidos expresamenoe por las leyes:

2º Al declarar que la renuncia de la prelación dotal y posposición de su hipoteca en determinadas fincas es uno de los contratos prohibidos por la ley 3ª, tít. 11, libro 10 de la Noyísima Recopilación, 61 de Toro, esta misma ley que se limita á establecer que la mujer no queda obligada si sale fiadora del marido ó se obligare de mancomún con él, y la jurisprudencia establecida en las sentencias de 22 de Mayo de 1862, 2 de Junio de 1865, 16 de Febrero de 1866, 6 de Julio de 1872 y 10 de Abril de 1878, que aplican esta doctrina; puesto que al renunciar Doña Andrea Aristiguieta su prelación dotal, ni salió fiadora por el marido ni se obligó de mancomún con él:

3º Al consignar la sentencia la doctrina de que la renuncia del derecho de prelación y posposición de hipoteca equivale á obligarse como fiadora del marido, las leyes 1ª y 6ª, tít. 12, Partida 5ª, que señalan la naturaleza del contrato de fianza y las obligaciones que de él nacen, una y otra distintas de la naturaleza y obligaciones que nacen de la renuncia de derechos:

4º Aunque la renuncia mencionada pudiera estimarse fianza por su marido y como tal comprendida en la prohibición de la ley 61 de Toro, el art. 189 de la Hipotecaria en su letra, el 355 de la misma, declarativo del 189 y el 121 del reglamento en su espíritu, que permiten á la mujer casada, mayor de edad, posponer su hipoteca, como la pospuso Doña Andrea Aristiguieta, derogando como posteriores la ley 61 de Toro:

5ª Al desechar como inaplicable la limitación añadida al art. 355 de la ley Hipotecaria por la de 17 de Julio de 1877, por ser posterior al otorgamiento de la escritura, la doctrina inconcusa de que se exceptúan del principio de la no retroactividad de las leyes las interpretativas ó declarativas y las que expresamente previenen la retroacción, como estaba reconocido por la 6ª, tít. 2º, libro 3º de la Novísima Recopilación y la sentencia de 13 de Abril de 1863:

6º Al declarar preferente el derecho de Doña Andrea Aristiguieta por la hipoteca tácita general de que gozaba su dote al de Doña Manuela Arregui, asegurada con hipoteca especial, registrada debidamente, la doctrina sancionada por las sentencias de 27 de Junio de 1864, 10 de Junio de 1871, 27 de Marzo y 14 de Abril de 1874, según las cuales la deuda confesada, como lo era la de Doña Andrea Aristiguieta, no gozaba de preferencia en perjuicio de terceros, á no justificarse haber entregado al marido los bienes que constituyeron la dote; extremo que no constaba probado en los autos;

Y 7º Aun cuando por la constitución dotal correspondiese á Doña Andrea Aristiguieta la hipoteca tácita y general sobre los bienes de su marido, al declararla existente y con preferencia al crédito de Doña Manuela á pesar de haber aceptado una hipoteca especial en sustitución de la general tácita que pudiera corresponderla, los artículos 160 y 355 de la ley Hipotecaria, que señalan este hecho como causa de extinción de la hipoteca legal por causa de dote:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que conforme á lo que prescribe el art. 355 de la ley de 17 de Julio de 1877, la hipoteca tácita legal establecida por la legislación anterior á 1º de Enero de 1863 en favor de la mujer casada sobre los bienes de su marido por su dote y parafernales que la hubieran sido entregadas, puede extinguirse, subrrogarse ó posponerse siempre que siendo aquélla mayor de edad preste á ello su consentimiento, quedándole, sin embargo, á salvo el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados ó gravados, según determina el art. 188 de la misma ley:

Considerando que en virtud de estas disposiciones es indudable que al intervenir Doña Andrea Aristiguieta en la escritura de la obligación hipotecaria, otorgada por su esposo D. Javier Escartín el 28 de Junio de 1871 en favor de Doña Manuela Arregui para manifestar que posponía expresamente á la obligación contraída en aquel instrumento público la hipoteca tácita que pudiera corresponderle por sus derechos dotales, ejecutó un acto válido y eficaz, cuyos efectos legales subsisten, oon arreglo á los citados artículos de la ley Hipotecaria de 1877:

Considerando que no obsta para estimarlo así que ésta se publicara con posterioridad al otorgamiento de dicha escritura, porque aquellas disposiciones no introdujeron novedad alguna, limitándose el referido art. 355 á interpretar y aclarar el sentido del 189 de la primitiva ley Hipotecaria, que por hallarse vigente á la fecha en que la Doña Andrea Aristiguieta autorizó expresamente la postergación de su hipoteca tácita, es la aplicable al caso de autos:

Considerando que al no reconocerlo así la sentencia recurrida, infringe el referido art. 355 de la ley Hipotecaria, citado en el 4º motivo, mediante lo cual es inútil ocuparse de los demás;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Manuela Arregui y Aldaz, y en

su virtud, casamos y anulamos la sentencia que en 3 de Octubre de 1882 dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona.—(Sentencia publicada el 27 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* ce 22 de Agosto del mismo año.)

67

Recurso de casación en asunto de Ultramar (27 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco Javier San Pedro con Don Ramón López de Ayala (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que se citan inoportunamente como infringidas las leyes 2ª, tít. 15, Partida 7ª y el principio legal según el cual el que sufre algún daño por culpa de otro tiene derecho á ser indemnizado por aquél que lo causó, y las relativas al deber de indemnizar si la Sala sentenciadora apreció en uso de sus facultades que fuera del período por ella designado no hay prueba de culpa que obligue á pechar daño, *sin que contra esta apreciación se haya alegado infracción de ninguna clase.*

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma del distrito de la Catedral por D. Francisco Javier San Pedro con Don Ramón López de Ayala sobre indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que en 24 de Marzo de 1876 solicitó D. Ramón López de Ayala en autos ejecutivos que seguia contra D. Vicente de la Uz en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar que se practicase embargo preventivo de su cuenta y riesgo sobre los bienes del segundo; y decretado así y no teniendo el deudor numerario con que satisfacer el pago, se procedió al embargo de cuatro carruajes del establecimiento de la calle de la Obra Pía, núm. 61; en cuyo acto el encargado del mismo hizo constar que pertenecían á D. Gregorio de la Uz y á Don Cristóbal Fernández, á pesar de lo que se llevó á efecto por no haberse presentado la oportuna justificación, y fué ratificado y se extrajeron los carruajes del establecimiento en 6 de Julio de 1877:

Resultando que promovida por D. Francisco Javier San Pedro tercería de dominio de dichos coches, fué estimada por sentencia de 14 de Julio de 1879, que se hizo firme; y en su ejecución se hizo constar el estado de los carruajes por medio de peritos que certificaron el mal estado en que se encontraban, y no pudieron ser entregados á San Pedro hasta el 19 de Setiembre de 1879 por haber sido extraídos de la casa de Correos, donde habían sido depositados:

Resultando que acompañando certificación del acto conciliatorio sin avenencia, y una cuenta de la recomposición de los cuatro carruajes, importante 2.000 pesos, presentó demanda D. Francisco Javier San Pedro contra D. Ramón López de Ayala ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral en 4 de Marzo de 1880, alegando que se había visto privado del uso de los cuatro carruajes desde el día 6 de Julio de 1877 hasta el 19 de Setiembre de 1879, ó sea por espacio de dos años, dos meses y 13 días, durante cuyo tiempo podían haber producido cada uno por lo menos 5 pesos diarios en billetes, por lo que le había causado D. Ramón López de Ayala á consecuencia del embargo un perjuicio de 16.000 pesos, que unidos á los 2.000 gastados en la re-

composición de los mismos á causa del deterioro que sufrieron mientras estuvieron en depósito, formaban una suma total de perjuicios de 16.060 pesos en billetes: que según la ley tercera, tít. 15, Partida 7ª, el daño ó perjuicio sufrido por uno debe pagarlo aquel que lo ocasionó, ya lo hubiera causado por sus propias manos, como por su culpa, mandato ó consejo; siendo perjuicio según la ley 1ª del mismo título y Partida el empeoramiento, menoscabo ó destrucción que el hombre recibe en su persona y en sus cosas por culpa de otro; y que se desprende claramente de lo dispuesto por la ley 19 del título y Partida citados, que quien causa un daño, no sólo debe pagar la desmejora que la cosa sufre, sino también las ganancias que por falta de la misma dejara de hacer el que lo recibió; debiendo el deudor moroso, con arreglo á la ley 12, tit. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación pagar los intereses á razón de 6 por 100 desde la reclamación judicial hasta su completo pago; en cuya virtud solicitó que se condenara al demandado al pago de 18.060 pesos en billetes, con el interés de 6 por 100 desde la celebracíób del acto conciliatorio, y las costas:

Resultando que D. Ramón López de Ayala constestó que á consecuencia de serle en deber D. Vicente de la Uz cierta cantidad por virtud de un pagaré que vencía en 20 de Marzo de 1876, se le embargó á su instancia en 31 del mismo mes un tren de carruajes que había vendido en 13 de Diciembre del año anterior á D. Gregorio de la Uz y Don Cristóbal Fernández, de quien los adquirió D. Francisco Javier San Pedro por escritura de 20 de Agosto de 1876, quien hacía tiempo adeudaba á su socio la suma de 2.000 pesos, sin que hubiera pagado principal ni réditos: que presentada la demanda de tercería había contestado Ayala que si los carruajes eran del demandante se ordenara su devolución: que recaída sentencia en aquel pleito, se mandaron entregar los coches á San Pedro, sin especial condenación de costas, por lo que no puede ser responsable de costas ni de los daños por ser penas que se imponen á los litigantes temerarios, y que él no había sido el depositario de los carruajes, único que podía ser responsable de los desperfectos que hubiesen sufrido:

Resultando que sentenciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 30 de Setiembre de 1881, que no fué del todo conforme con la del Juzgado, condenando á D. Ramón López de Ayala al pago de 5 pesos diarios en billetes por cada uno de los cuatro coches á que se refiere la demanda, desde la fecha 4 de Agosto de 1879 en que el Juez ordenó la entrega de éstos, hasta el 19 de Setiembre siguiente en que se verificó, así como también al pago de los 2.000 pesos en billetes, empleados en la recomposición de los mismos:

Resultando que D. Francisco Javier San Pedro interpuso recurso de casación por haberse á su juicio infringido:

1º La ley 3ª, tít. 15, Partida 7ª, y las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1865, 23 de Febrero y 27 de Octubre de 1866 y 15 de Junio de 1868; porque habiendo probado el recurrente que Ayala causó perjuicios por valor de 18.060 pesos en billetes y que obró con malicia, toda vez que cuando embargó preventivamente los coches sabía que éstos no le pertenecían al deudor, sino que tres meses antes del vencimiento del pagaré eran ya de la propiedad de D. Gregorio de la Uz y D. Dristóbal Fernández, no se condena sin embargo al demandado al pago de todos los perjuicios:

El principio legal según el cual el que sufre algún daño por culpa de otro tiene derecho á ser indemnizado por aquél que lo causó, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 15 y 20 de Abril de 1867 y 24 de Enero de 1868, que ocupándose del anterior principio previenen es indispensable que conste probado el daño y que éste haya sido causado sin razón ni derecho; toda vez que no se condena á Ayala al pago de todos los perjuicios á pesar de haber probado que se sufrieron éstos desde el 6 de Julio de 1877 en que se sacaron los coches del establecimiento, hasta el 19 de Setiembre de 1879 en que fueron devueltos por virtud de una ejecutoria que reconocía la propiedad de San Pedro sobre los coches con anterioridad á la extracción de los mismos, y que los causó D. Ramón López de Ayala sin razón ni derecho, porque nadie lo tiene para dirigirse contra bienes de una persona para obtener el cumplimiento de obligaciones cantraídas con otra, máxime cuando el daño se comete á sabiendas;

Y 3° La ley 2ª, tít. 15, Partida 7ª en el hecho de no condenar á Ayala al pago de los perjuicios reclamados por San Pedro, siendo así que éste tiene perfecto derecho á reclamarlos; puesto que en la sentencia ejecutoria dictada en la tercería de dominio de los cuatro coches, se declaran eran éstos de la propiedad del recurrente desde 11 meses antes del embargo de los mismos, en cuyo día empezaron á causarse los perjuicios:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que se han citado inoportunamente y no han podido infringirse las leyes y doctrinas relativas al deber de indemnizar, que se citan en los tres motivos expuestos, porque la Sala sentenciadora apreció en uso de sus facultades que fuera del período por ella designado *no hay prueba de culpa que obligue á pechar daño*, sin que por esta apreciación se haya alegado infracción de ninguna clase;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Javier San Pedro, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada en 27 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Agosto del mismo año.)

68

Recurso de casación (27 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—Ha lugar en parte al interpuesto por D. Francisco Sotillo con D. Pedro Aguado del Castillo (Audiencia de Madrid), y se resuelve;

1° *Que ninguna demanda debidamente formulada debe ser repelida de plano, fuera de los casos expresamente determinados por la ley, según tiene declarado el Tribunal Supremo, estimando como legal dicha doctrina:*

2° *Que aunque el art.* 1537 *de la ley de Enjuiciamiento civil ordena que «con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde,» no previene, como lo hace el* 1533 *para los casos que en el se determinan, que no se admita la demanda cuando no se llene aquel requisito, sino solamente que* no se le dé curso, *lo cual significa que ha de quedar en suspenso su admisión hasta que se presente el título ó documento en que se funde;*

Y 3º Que dicho artículo no confiere al Juez la facultad de apreciar para admitir ó no la demanda de tercería si el título que con ella se presente sirve para acreditar el dominio ó el mejor derecho que alegue el demandante, ni puede atribuirse tal facultad sin contrariar las leyes y reglas del procedimiento, porque sería prejuzgar en el primer tránsito del juicio la cuestión que ha de ser objeto de la sentencia definitiva.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Febrero de 1883, en el pleito que en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte sigue Doña Francisca Sotillo y Rinconada con D. Fernando Rodríguez y con D. Pedro Aguado del Castillo sobre tercería de dominio y de mejor derecho, en el día sobre admisión de la de dominio; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D, Julián Morales y Gutiérrez y el Procurador D. Luis García Ortega, en defensa y representación de Doña Francisca Sotillo, no habiendo comparecido ninguno de los dos recurridos:

Resultando que en 7 de Junio de 1882, Doña Francisca Sotillo y Rinconada dedujo demanda de tercería de dominio y de mejor derecho en autos ejecutivos que contra su marido D. Pedro Aguado del Castillo seguía D. Francisco García, excepcionando que en 17 de Junio de 1865 contrajo matrimonio con D. Pedro Aguado del Castillo, aportando como dote estimada, consistente en inmuebles, derechos reales, alhajas, muebles, ropas y metálico la suma de 2.635.771 rs. que éste se obligó á reintegrar cuando le fueran exigibles: que para garantir los inmuebles dotales constituyó su marido hipoteca sobre los mismos, y en garantía de muebles que importaban 109.872 rs. hipotecó una casa de su propiedad, situada en la ciudad de Avila, calle de la Rua, núm. 15 moderno, tasada en 42.280 rs., y un huerto en el barrio de Ajates de la misma ciudad, valuado en 4.000 rs., obligándose á ampliar la hipoteca hasta cubrir dicha cantidad con los primeros que de tal clase adquiera: que durante el matrimonio había sido vendida la casa de la calle de la Colegiata, núm. 11, de esta corte, uno de los inmuebles que formaban la referida dote, con la tasación de 1.080.599 rs., demolida y reedificada la núm. 15 moderno, de la ciudad de Avila: que aun cuando esta mejora se hizo con dinero propio de la demandante, amplió su marido la hipoteca á lo construído, á fin de que toda la casa y su propiedad plena, cuyo valor era aproximadamente 75.000 pesetas, se considerase como hipoteca especial para garantir los bienes muebles dotales y el precio obtenido por la venta de la casa núm. 11 de la calle de la Colegiata; y que á virtud de un pagaré firmado por su citado marido en 14 de Julio de 1880 á la orden de D. Fernando García por 11.160 rs., se despachó á instancia de éste la ejecución que motivaba la tercería, y se habían embargado una casa en esta corte, calle de la Magdalena, núm. 22, perteneciente á la dote de la demandante, y la casa y huerto de Avila con sus alquileres; en virtud de cuyos hechos y de los fundamentos legales que estimó del caso, solicitó se declarase en definitiva que la demandante tiene dominio sobre los referidos bienes, y se mandase alzar el embargo causado en ellos, dejándolos á su libre disposicioón, y si á ello no había lugar, se declarase que tenía preferente derecho para reintegrarse de su haber dotal al de D. Fernando García:

Resultando que con esta demanda se presentaron como títulos en que la demandante fundaba su derecho copias simples de las escrituras de dote estimada de 16 de Junio de 1865 y de ampliación de la hipoteca

dotal de 19 de Junio de 1881, por carecer de las fehacientes, designando los autos en que se hallaban:

Resultando que en 13 de Junio de 1882, el Juez de primera instancia dictó auto por el que considerando que con arreglo al art. 1537 de la ley de Enjuiciamiento civil, con la demanda de tercería debe presentarse el título en que se funda, y que la demandante no había llenado este requisito respecto á la tercería de dominio, pues con los títulos presentados, no sólo no acreditaba el dominio de los bienes embargados, sino que por el contrario, justificaba que el dueño y señor de ellos era su marido, declaró no haber lugar á la admisión de la tercería de dominio que se interponía en la demanda, y admitió la de mejor derecho, mandando se sustanciase en pieza separada, que se formaría con los documentos que se presentaban testimonio en relación de los autos ejecutivos á que se refiere y literal de los particulares de los mismos que fuesen necesarios; haciéndose constar en dichos autos la interposición de la demanda y lo que se resolvía en este auto, citándose y emplazándose á D. Fernando García y ejecutante, y á D. Pedro Aguado, ejecutado, para que dentro del término de nueve días compareciesen á contestarla, sin perjuicio de continuarse el apremio contra los bienes embargados hasta su realización, según previene el art. 1536 de dicha ley:

Resultando que notificado el anterior auto á Doña Francisca Sotillo Rinconada, pidió reposición, y por otro de 20 del mismo mes de Junio se desestimó la reforma:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, por auto de 19 de Octubre de 1882 confirmó los anteriores, y Doña Francisca Sotillo y Rinconada, previo depósito de 1.000 pesetas, interpuso recurso de casación, conforme al núm. 1° del art. 1962 de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse en su concepto infringido:

1° Los artículos 1533 y 1535 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la doctrina de jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 29 de Mayo de 1878 y 16 de Diciembre de 1880, al denegar la admisión de la demanda de tercería de dominio y no suspender los procedimientos de apremio respecto á los bienes á que se refiere:

2° La doctrina de jurisprudencia que en armonía con la anterior sancionara este Tribunal Supremo en decisión de 6 de Marzo de 1869, dictada en caso análogo, conforme á la que de la justicia ó injusticia de una acción, sólo puede juzgarse en definitiva cuando se formulan demandas hábiles que abran la puerta á un litigio verdadero y ordenado y hagan posible un fallo válido y eficaz, al resolver *à priori* sin alegaciones ni pruebas y por auto interlocutorio lo que sólo es de apreciar *à posteriori* por sentencia definitiva:

3° La inconcusa doctrina de jurisprudencia de *que ninguna demanda debe ser repelida de plano cuando la ley no lo ordena expresamente*, sancionada por este Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Mayo de 1859:

4° El art. 172 de la ley Hipotecaria, y las reglas 8ª y 9ª del 124 del reglamento dictado para su ejecución, al desconocer los derechos de dominio que la Doña Francisca Sotillo pretende tener sobre la casa calle de la Magdalena, núm. 22, de esta corte, aportada á su matrimonio y comprendida en la escritura de dote, no obstante su carácter de estimado; siendo así que el dominio que las leyes atribuyen al marido sobre tales bienes es especial y *sui generis*:

5° La ley 49, tít. 5° de la Partida 5ª, al repeler la demanda bajo el

supuesto de que con los títulos presentados, lejos de acreditar la Doña Francisca Sotillo el dominio sobre la casa núm. 15 de la calle de la Rua de la ciudad de Avila, lo que justificaba era que pertenecía á su esposo por haberla aportado éste á su matrimonio, sin considerar que la finca á que se alude fué demolida y reedificada con dinero de la dote de la demandante; y que según el precepto de la ley «gana el señorío de la cosa aquél cuyos eran los dineros,» que fueron pagados por ella cuando los dineros fueron de la dote de la mujer:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que ninguna demanda debidamente formulada debe ser repelida de plano, fuera de los casos expresamente determinados por la ley, según tiene declarado este Tribunal Supremo, estimando como legal dicha doctrina:

Considerando que aunque el art. 1537 de la ley de Enjuiciamiento civil ordena que «con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde,» no previene, como lo hace el 1533 para los casos que en él se determinan, que no se admita la demanda cuando no se llene aquel requisito, sino solamente que *no se le dé curso*, lo cual significa que ha de quedar en suspenso su admisión hasta que se presente el título ó documento en que se funde::

Considerando que dicho artículo no confiere al Juez la facultad de apreciar para admitir ó no la demanda de tercería si el título que con ella se presente sirve para acreditar el dominio ó el mejor derecho que alegue el demandante, como lo entiende la Sala sentenciadora, ni puede atribuirse tal facultad sin contrariar las leyes y reglas del procedimiento, porque sería prejuzgar en el primer tránsito del juicio la cuestión que ha de ser objeto de la sentencia definitiva:

Considerando que la recurrente y demandante Doña Francisca Sotillo llenó el requisito exigido por el artículo antes mencionado, presentando con la demanda los documentos que creyó suficientes para fundar su tercería, tanto de dominio como de mejor derecho, y por tanto era procedente darle curso, cualquiera que sea la calificación que merezcan esos títulos para el resultado del pleito:

Considerando, por lo expuesto, que el auto objeto del recurso, en cuanto declara no haber lugar á la admisión de la tercería de dominio interpuesta por la recurrente, fundándose en que los documentos presentados con la demanda, aunque sirvan para acreditar el mejor derecho no pueden servir para la de dominio, además de interpretar erróneamente el art. 1537 de la ley de Enjuiciamiento civil infringe la doctrina legal consignada en el primer considerando y citada en el tercer motivo del recurso, como también la que se invoca en el segundo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Francisca Sotillo y Rinconada contra el auto dictado en 19 de Octubre último por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte en cuanto declara no haber lugar á la admisión de la tercería de dominio deducida por la Doña Francisca y manda continuar el apremio contra los bienes embargados hasta su realización, en cuyo extremo casamos y anulamos dicho auto; devuélvase á la recurrante el depósito que constituyó.—(Sentencia publicada el 27 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Agosto del mismo año.)

69

Recurso de casación en asunto de Ultramar (28 *de Febrero de* 1883).— *Sala primera.*—CUMPLIMIENTO DE UN CONVENIO.— No ha lugar al interpuesto por D. José Rodríguez Hernández con Don Juan Diego (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que á la Sala sentenciadora corresponde la apreciación de las pruebas y que á ella debe estarse mientras no se cite contra dicha apreciación ley ó doctrina legal infringida:*

2º *Que no se infringen las leyes 1ª, tít. 14, Partida 3ª y 114 y 119, título 18 de la misna Partida al dar eficacia á un documento privado si la Sala sentenciadora lo hace apreciando actos de las partes anteriores al citado documento, que demuestran la conformidad de las mismas con su contenido, y por ello debe estarse á dicha apreciación;*

Y 3º *Que se cita inoportunamente el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, si sobre no citarse las reglas de sana crítica que se suponen infringidas, aparece que la Sala sentenciadora ha apreciado las pruebas en uso de sus facultades, sin que se haya demostrado por el recurrente que en dicha apreciación se haya infringido ley ó doctrina legal.*

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Febrero de 1883, en el pleito pendiente ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de la villa de Guanabacoa y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por D. Jose Rodríguez Hernández, representado por el Procurador D. Julián Marinero, bajo la dirección del Licenciado D. Luis Moreno, con D. Juan Diego, y en su nombre el Procurador D. Francisco Bartual, dirigido por el Licenciado D. Telesforo Montejo, sobre nulidad de una escritura y rendición de cuentas; habiendo reconvenido á su vez el demandado al demandante para el cumplimiento de un convenio:

Resultando que por escritura otorgada en la Habana á 22 de Octubre de 1869, D. José Rodríguez Hernández vendió con pacto de retro, por término de nueve años, á D. Juan Diego 40 caballerías de tierra, en que se encontraba el ingenio demolido Guaicanamar, que adquirió el vendedor de los herederos de D. Francisco de Vargas, con los gravámenes é hipotecas que aparecían de la certificación del anotador, concurriendo la representación de dichos herederos á prestar su consentimiento para el otorgamiento de dicha escritura, siendo el precio de la venta de 64.840 escudos líquidos, de los cuales recibiría el comprador en el acto 32.000 escudos y el resto lo satisfaría el mismo comprador á los herederos de Vargas por lo que les restaba del precio de la adquisición en la forma que expresaron:

Resultando que con la misma fecha 22 de Octubre de 1869, D. José Rodríguez Hernández y D. Juan Diego firmaron con dos testigos en la villa de Guanabacoa un documento privado en el que dijeron que Rodríguez Hernández había convenido en vender á Diego, como había vendido en aquél día, las 40 caballerías de tierra del ingenio demolido Guaicanamar, y Diego se habia obligado á satisfacer los plazos que Rodríguez adeudaba aún á los herederos de Vargas de la adquisición de dichos terrenos, importantes 16.500 pesos, sin contar 1.100 pesos que existian sin cancelar de cierta hipoteca que afectaba á los terrenos ni tampoco la suma de 10.000 pesos que Rodríguez adeudaba á Diego,

de quien los había recibido en dinero efectivo, obligándose á pagárselos al vencimiento de los nueve años estipulados, durante este contrato los referidos nueve años, que empezarían á correr y contarse desde aquél día; debiendo por consiguiente el comprador Diego percibir las rentas que estuvieren por cobrar de los arrendatarios de dicho terreno y todas las que se devengaran y vencieran en los expresados nueve años, de las cuales daría cuenta con la mayor exactitud y claridad á la conclusión del contrato, obligándose Rodríguez á pagar á Diego y admitirle en data, no sólo los 10.000 pesos que le debía y las sumas que por razón de plazos entregase á la sucesión de Vargas, y cualesquiera otras cantidades que pagase por otros gravámenes, sino también los intereses estipulados de 12 por 100 que habían de devengar todas esas sumas sin excepción, cuyos premios se liquidarían al finalizar los citadas nueve años, sin que en ese tiempo tuviera acción á reclamar cosa alguna, pues sólo percibiría á la conclusión del contrato la diferencia que á su favor resultara si la hubiese; y si por el contrario resultase algún alcance á favor de Diego, se obligaba á pagárselo instantáneamente, so pena de que si no lo verificase podría Diego continuar en la posesión de los terrenos hasta que se lo reintegrase con su producto de lo que le estuviera adeudando:

Resultando que haciendo mérito de estos documentos, y después de haber obtenido D. José Rodríguez Hernández el beneficio de litigar como pobre, dedujo en 28 de Abril de 1879 la demanda objeto de estos autos, alegando que el segundo de aquellos demostraba la simulación que la escritura contenía, pues se hacía constar la existencia de un préstamo, la obligación en que estaba Diego de rendir cuentas al cumplimiento de los nueve años y el modo de pagarse el alcance que resultara, y que Diego pretendía burlarse de los compromisos, prescindiendo del documento privado y alzándose con las 40 caballerías de tierra; y fundado en que según jurisprudencia de este Supremo Tribunal, cuando las acciones se fundan en la nulidad un acto ú obligación, lo primero que se debe solicitar es la declaración de aquella, si antes no se ha obtenido, y como consecuencia de la misma la de los demás derechos á que dé origen; que con arreglo á la ley recopilada, de cualquiera manera que conste que quiso obligarse queda obligado; disposición aplicable á la obligación contraída por Diego en el documento privado; y que el pacto comisario se hallaba prohibido por la ley 41, título 5º, Partida 5ª; haciendo uso de la acción personal que le competía, pidió se declarase:

1º La nulidad de la escritura pública de 22 de Octubre de 1869 y del contrato que en la misma se contiene por ser simulado:

2º Que D. Juan Diego estaba obligado á presentar dentro de tercero día la cuenta clara y explícita de su administración, á tenor de lo convenido en el documento privado;

Y 3º Que éste debía cumplirse en todas sus partes, con las costas del juicio á cargo del demandado:

Resultando que contestando á la demanda D. Juan Diego, pidió se le absolviera de ella con imposición de perpetuo silencio al actor, y que á su vez condenase á D. José Rodríguez Hernández á que cumpliera el convenio que celebró con Diego en el mes de Diciembre del año anterior como resultado de la liquidación, y arreglo definitivo de cuentas, que se practicó, y por el que se convino y reconoció deudor por saldo de D. Juan Diego de la suma de 18.000 pesos en oro, pagaderos en esta

forma: 12.000 pesos de contado y los 6.000 pesos restantes de por mitad en los meses de Octubre de aquel año y el venidero, para lo cual reconvenía por mutua petición, alegando como hechos relativos á la demanda que eran ciertos los dos primeros de ella y que el documento privado reproducía y ratificaba las obligaciones contraídas en la escritura pública y explicaba la verdadera intención que las partes tuvieron al celebrarla, y como fundamentos de derecho la doctrina legal según la que en materia de interpretación de contratos hay que estar á la voluntad de las partes cuando ésta es clara, precisa y manifiesta; y que no pudiendo estimarse simuladas las obligaciones de la escritura pública, á tenor de las doctrinas consignadas en el tít. 22 del libro 4° del Código Romano, no procedía de manera alguna la declaratoria de su nulidad, y la que la reconvención la fundó en el único hecho de que después de demandadado en conciliación D. Juan Diego por D. José Rodríguez Hernández en el mes de Octubre anterior, se celebraron conferencias extrajudiciales el día 8 de Diciembre anterior, que dieron por resultado la terminación completa de las reclamaciones formuladas por Rodríguez, quien se reconoció deudor de D. Juan diego por saldo definitivo en liquidación de cuentas y según los documentos de las obligaciones de la suma de 18.000 pesos en oro, comprometiéndose á satisfacer de contado 12.000 pesos, y los 6.000 restantes de por mitad en los meses de Octubre de 1879 y 1880, consignando como fundamento de derecho la doctrina de la ley recopilada, según la cual las obligaciones lícitas contraídas entre personas hábiles, deben cumplirse en el modo y formá en que han sido estipuladas, y la doctrina de la ley que da á la transacción fuerza de cosa juzgada:

Resultando que el demandante negó al replicar que hubiera habido transacción de ningún género entre los litigantes, y que existiera una cuartilla comprensiva de transacción ni acuerdo firmado por su parte ni otra persona competente para ello, no habiendo en modo alguno arreglo ni acuerdo y mucho menos en la forma que se decía de contrario:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se suministró por las partes, presentándose para ello una minuta suscrita con fecha en la Habana á 8 de Diciembre de 1878 por el Doctor Trujillo y Licenciado Martín J. García, que fué ratificada por los mismos, en la que se consignan las bases del arreglo entre Rodríguez y Diego en la forma antes indicada:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 23 de Agosto de 1881, y que no fué conforme con la del Juez inferior, declarando la nulidad de la escritura de 22 de Octubre de 1869 poe contener un contrato simulado; y declarando haber lugar á la reconvención interpuesta por el demandado, condenó á D. José Rodríguez Fernández, demandante, á cumplir el convenio contraído en 8 de Diciembre de 1878, que aparecía del documento del folio 106, sin especial condenación de costas en ambas instancias:

Resultando que D. José Rodríguez Hernández interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª, puesto que la reconvención era una nueva demanda, y D. Juan Diego estaba obligado á suministrar prueba lo aual no había verificado, y por ello había debido darse por quito á D. José Rodríguez Hernández:

2° Las leyes 114 y 119, tít. 18, Partida 3ª, pues el documento privado en que se cimentaba la reconvención no tenía los caracteres necesarios para obligar al recurrente, puesto que ni lo suscribió ni aparecía firmado por uno ó más testigos, conteniendo un proyecto de transacción concertada entre los Abogados de las partes, pero que no llegó á formalizarse y que siempre rechazó el recurrente con indignación;

Y 3° El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que en la apreciación de la prueba se habían infringido las leye antes citadas y desconocido las reglas de la sana crítica al dar valor á un documento que no firmaba quien sabía firmar y había firmado otro antes, y á las declaraciones de los testigos, que sobre no estar contestes se hallaban en pugna con el hecho apuntado antes, que era decisivo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache.

Considerando que la Sala sentenciadora corresponde la apreciación de las pruebas y que á ella debe estarse mientras no se cite contra dicha apreciación ley ó doctrina legal infringida:

Considerando que la sentencia recurrida infringe las leyes que se invocan en el primero y segundos motivos del recurso, porque al dar eficacia al documento privado de 8 de Junio de 1878, lo hace apreciando actos de las partes anteriores al citado documento, que demnestran la conformidad de las mismas con su contenido, y por ello debe estarse á dicha apreciación:

Considerando que lo propio sucede con el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, alegado en el tercer motivo, porque sobre no citarse las reglas de sana crítica que se suponen infringidas, aparezca que la Sala sentenciadora ha apreciado las pruebas en uso de sus facultades, sin que se haya demostrado por el recurrente que en dicha apreciación se haya iufringido ley ó doctrina legal;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Rodríguez Hernández, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 28 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Agosto del mismo año.)

70

Recurso de casación (28 *de Febrero de* 1883).—*Sala primera.* —Cumplimiento de un contrato.—Ha lugar al interpuesto por D. José Prats y Font con D. Martín Sureda y otro (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que los contratos legítimamente establecidos deben entenderse segun sus palabras, llanamente y como suenan cuando de su natural inteligencia no resultan obligaciones absurdas ó imposibles, y que cuando las partes no están conformes en su verdadero sentido, deben fijarlo los Tribunales, ateniéndose más especialmente al objeto ó fin que se propusieron los contratantes que á las palabras de que usaron para consignarlos, desechando aquéllas que no permitan que lo pactado tenga efecto é interpretando las dudosas contra el que las usó:

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Febrero de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Gerona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. José Prats y Font, comerciante, con D. Martín Sureda y Deucrol, Arquitecto, y D. Esteban Muxach y Viñas, Maestro de obras, vecinos todos de Gerona, sobre

cumplimiento de un contrato; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, representado por el Procurador D. Federico Grases Riera, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Roger, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Doctor D. José Leopoldo Feu y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Llana:

Resultando que por escritura pública de 24 de Abril de 1856, Don José Prats y Font y su madre Doña Paula Font, en el concepto de propietario aquél y de usufructuaria ésta de los bienes de su difunto padre y marido respectivo D. Isidro Prats, dieron al Arquitecto D. Martín Sureda en establecimiento un solar para edificar en la plaza de la Independencia de Gerona, con la condición de que Sureda y los suyos prestarían anualmente á los estabilientes y sus sucesores de censo perpetuo é irredimible 640 reales, y con la otra consignada en el pacto 5º de que Sureda debería adelantar á Prats y su madre la tercera parte del coste que había de ocasionarles la nueva construcción del frente y pórtico de la parte de la plaza que intentaban construir, con arreglo al proyecto de fachada aprobado; de cuyo adelanto se iría reintegrando el adquirente Sureda con el producto de las anualidades del censo constituído; y por otra escritura de igual fecha los mismos estabilientes dieron otro terreno contiguo al anterior al Maestro de obras D. Esteban Muxach, bajo iguales condiciones, pero reduciendo la pensión ó censo anual á 320 reales:

Resultando de certificaciones traídas á los autos que en 9 de Diciembre de 1854 D. José Prats y Font, refiriéndose á una instancia de su padre pidió al Ayuntamiento de Gerona que le manifestase el proyecto formado para organizar y convertir en plaza algunos terrenos de su propiedad, sitos en la de San Agustín: que dicho Ayuntamiento tomó acuerdo en 31 de Marzo de 1855, aprobando el plano y Memorias de la plaza de San Agustín con pórticos á sus cuatro lados: que el mismo D. José Prats solicitó de dicha corporación en 18 de Abril de 1855 que para la compensación del terreno y paredes que con la ejecución de la plaza se le ocuparían, se le permitiese edificar su casa hasta cierto punto, comprometiéndose por su parte á poner en ejecución las obras de su casa y á establecer el demás terreno para la continuación de los pórticos y plaza en la forma que estaba proyectada: que en 30 del mismo mes de Abril de 1855, el Ayuntamiento susodicho aprobó ciertas compensaciones á Prats y á otro, concediendo á éste la facultad de poder edificar en el término de un año con arreglo al proyecto de plaza aprobado: que en 23 de Mayo siguiente, el Ayuntamiento remitió á la Diputación provincial los expedientes de las anteriores compensaciones para que con arreglo á lo prevenido en el art. 104 de la ley de 3 de Febrero de 1823, relativa al Gobierno económico político de la provincia, aprobase su acuerdo, y la Diputación lo aprobó en 25 del propio mes: que en 11 de Marzo de 1857 solicitaron D. Esteban Muxach y Doña Paula Font del mismo Ayuntamiento que habiendo llegado á su noticia que se trataba de dar forma distinta al proyecto de plaza que tenía aprobado, resolviese con posterioridad tan importante asunto: que en 14 de Setiembre de dicho año fué aprobado por el Ayuntamiento un nuevo plan de ensanche de la plaza y expropiación de los terrenos: que el expediente promovido en 13 de dicho mes de Setiembre de 1857 para la construcción de la plaza de la Princesa, llamada en la actualidad de la Independencia, siguió su tramitación hasta que fué aprobado

con modificación por Real orden del Ministerio de la Gobernación de 12 de Octubre de 1859; y que no constó en las oficinas de dicho Municipio antecedente alguno por el que se deduzca que desde el año 1850 hasta el día se haya construído casa alguna en la plaza de la Independencia, antes de la Princesa, con arreglo á otro plano que al de 1857, vigente en la actualidad:

Resultando que D. José Prats y Font dedujo en 14 de Setiembre de 1880 demanda civil ordinaria contra D. Martín Sureda y D. Esteban Muxach, con la solicitud de que en uso de las acciones *ex conventione*, *conditio cesti*, *conditio ex lege* y demás personales, reales y mixtas que ejercitaba, se condenase á los demandados en cumplimiento del pacto 5° de las escrituras de 24 de Abril de 1856 al pago de 5.982 pesetas con 32 céntimos cada uno por razón del importe de la tercera parte del presupuesto que le había sido formado y que acompañaba del coste de la fachada y pórtico de la casa que iba á construir en la plaza de la Independencia de aquella ciudad de Gerona, con arreglo al plano que regía para la construcción de edificios en dicha plaza, aprobado por Real orden de 12 de Octubre de 1859, al que tenía que ajustarse por necesidad:

Resultando que los demandados Sureda y Muxach opusieron á la demanda las excepciones de falta de acción, de rescisión de lo estipulado por hechos del mismo demandante y de caducidad de la estipulación, pidiendo se les absolviese de la demanda y se condenase á Prats al pago de las costas y á la indemnización de daños y perjuicios, á cuyo efecto alegaron que la obligación que contrajeron por el pacto 5° de las escrituras de establecimiento de 1856, se refería á un plano de plaza ya aprobado y conocido por ambas partes contratantes, vigente entonces, que era el admitido y aceptado por el Ayuntamiento en sesión de 31 de Marzo de 1855, al que debía atenerse Prats para construir la casa á que en aquellas escrituras se refirió: que si las condiciones de construcción en dicha plaza habían cambiado, no podían obligar á los demandados, porque las leyes no tienen efecto retroactivo: que Prats enajenó los solares de su propiedad comprendidos en las alineaciones de la plaza, según el plano aprobado en 31 de Marzo de 1855, y no le quedaba en la actualidad más que una reducida parte de fachada en aquellas alineaciones, y no era justo extender el citado pacto 5° para obligar á los demandados á la construcción de fachada y pórtico en terreno que al tiempo del contrato no formaba parte de la plaza, ni se hallaba comprendido en las alineaciones entonces vigentes, ni era siquiera de su propiedad: que por lo tanto había caducado la obligación de los demandados de adelantar al demandante la tercera parte del coste de la fachada y pórtico de la casa que pensó construir por no existir ya en su poder el suelo á que se refirieron las escrituras de 1856 y no tener entonces en su propiedad el solar en que quería edificar en la actualidad: que según el plano entonces vigente no tenía fachada á la plaza; y que con sujeción al plano aprobado en 31 de Marzo de 1855 no tenían inconveniente en adelantar al demandante la tercera parte del coste de la fachada y pórtico de la casa que construyese en la parte de terreno de su propiedad que probase quedarle aún dentro de los límites de aquel plano, pero no con relación á los terrenos adquiridos fuera de las alineaciones primitivas:

Resultando que el actor replicó que en 1856, cuando se otorgaron las escrituras de establecimiento, no existía plano alguno legal que

sirviese de norma en las construcciones de la plaza de la Independencia de Gerona: que el plano aprobado en 31 de Marzo de 1855 no era suficiente para que los particulares arreglasen á él sus construcciones por imperfecto é incompleto, pues carecía de alzado ó fachada: que nadie construyó con arreglo á tal plano, pues todos los vecinos de la plaza de la Independencia se habían regido por el de 1857; y que de todos modos el plano de 1855 no obtuvo la aprobación del Gobierno; y los demandados insistieron en la súplica en lo dicho y alegado en la contestación, añadiendo que con arreglo á la ley descentralizadora, restablecida en 24 de Agosto de 1854 y que rigió hasta 1858, no necesitaban los Ayuntamientos la autorización del Gobierno para las reformas de las poblaciones:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia revocatoria en 14 de Julio de 1882, absolviendo á D. Martín Sureda y D. Estéban Muxach de la demanda interpuesta por D. José Prats y Font:

Resultando que D. José Prats y Font interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1° En haber sido infringido lo pactado por las partes, que debe cumplirse como ley de la materia, según la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 26 de Abril de 1871; ley que en el caso presente es lo estipulado en los pactos quintos de las escrituras de 24 de Abril de 1856, en los que D. Martín Sureda y D. Estéban Muxach contrajeron la obligación de anticipar al recurrente una tercera parte cada uno del coste del pórtico y fachada de la casa que intentaba construir en la plaza de la Independencia de Gerona, en el concepto de que á pesar de haber llegado el caso de realizar el recurrente su intento y de haberse determinado el coste de la fachada y pórtico por medio de peritos, se le niega en la sentencia recurrida el derecho de hacer efectiva dicha obligación por suponer que está subordinada á una condición que no existe en el contrato, cual es la de que debía construirse el pórtico y fachada con arreglo á un plano que se supone aprobado en la fecha del otorgamiento de aquél:

2° En haberlo sido igualmente las leyes 12 y 13, tít. 11, Partida 5ª, con arreglo á las cuales son válidas y deben cumplirse las obligaciones contraídas á día cierto; porque es clara y terminante la obligación contraída por Sureda y Muxach de hacer el anticipo cuando el recurrente resolviera edificar la casa que intentaba, y no obstante haber llegado este caso, niega el fallo recurrido la eficacia á aquella obligación y declara que dichos demandados no están en el deber de cumplirla:

3° En la infracción de la ley 219 del Digesto *de verborum significatione*, en virtud de la cual en las convenciones se debe estar más bien á la voluntad de los contrayentes que á las palabras; porque la sentencia recurrida, prescindiendo en absoluto de la intención de las partes, manifestada en los pactos quintos de las citadas escrituras, atiende únicamente á la significación literal y estricta de la palabra aprobado, entendiendo que sólo puede referirse al plano que lo estuviese al firmarse aquellos contratos, no obstante que de su contenido y especialmente del hecho de no fijarse tiempo á la facultad de edificar, que corresponde á los estabilientes, se deduce lo contrario:

4° En haber sido también infringidas la ley 80, Digesto *de verborum obligationibus*; la 67 del mismo cuerpo de Derecho *de regulis juris*, y la 2ª, tít. 33 de la Partida 7ª, que disponen que cuando una cláusula

puede tener dos sentidos se debe desechar aquel que conduzca á un absurdo ó que no permita que lo pactado tenga efecto, toda vez que la interpretación dada en la sentencia recurrida á la cláusula 5ª de las escrituras de 24 de Abril de 1856, conduce al absurdo y á que no tuviese efecto lo convenido; porque tratándose de una calificación urbana en una capital de provincia, no pudo estipularse otra cosa sino que la construcción se sujetaría al plano aprobado cuando ésta se realizase, con mucho mayor motivo no habiéndose fijado término para edificar, pues se dejó al arbitrio de los estabilientes:

5º En la infracción de la ley establecida por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 20 de Enero de 1871, en virtud de la cual cuando se suscitan dudas acerca de la inteligencia de un contrato válido y perfecto ó se pretende desconocer su alcance y verdadero objeto es indispensable para determinarlos consultar los hechos anteriores que lo han preparado, el conjunto de circunstancias que lo han acompañado, la instrucción y propósito de los otorgantes y los hechos subsistentes de estos mismos que con el cotrato se relacionan, toda vez que en el presente caso, tanto los hechos anteriores, como las circunstancias que rodearon el contrato, demuestran de una manera palpable que la intención de los contrayentes fué establecer como compensación ó precio de los solares cedidos en enfiteusis, además de la posesión estipulada y de los derechos dominicales consignados en las escrituras, la obligación por parte de los censatarios de anticipar cada uno la tercera parte del coste del pórtico y fachada de la casa que intentaban construir los estabilientes cuando lo tuvieran por conveniente, anticipo que debió reintegrarse con el vencimiento de las pensiones del censo; y atendiendo á los hechos posteriores de los enfiteutas y de todos los que han edificado en la plaza de la Independencia de Gerona, se ve que Sureda y Muxach se obligaron por una cláusula anterior á edificar en el solar que respectivamente se les estableció una casa con pórtico y fachada, arreglados al modelo aprobado por el Ayuntamiento, que son las mismas palabras que en sustancia se consignaron en las escrituras de 24 de Abril de 1856, y al interpretarlas con referencia á ellos, entendieron que debían edificar, y en efecto han edificado con arreglo al plano de 1857 y no conforme al que supone existía en 1856 cuando firmaron las susodichas escrituras;

Y 6º En el error de hecho que resulta de la misma sentencia recurrida y de las certificaciones obrantes en autos, que son documentos auténticos como consecuencia de haber confundido la Sala sentenciadora el proyecto de ensanche de la plaza de la Independencia, aprobado por el Ayuntamiento en 31 de Marzo de 1855, sencillamente como proyecto, y sujeto por tanto á modificaciones con el plano aprobado como definitivo, que lo fué en Mayo de 1857, por lo cual resulta inexacto el único fundamento de su fallo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que los contratos legítimamente establecidos deben entenderse según sus palabras, llanamente y como suenan cuando de su natural inteligencia no resultan obligaciones absurdas ó imposibles, y que cuando las partes no están conformes en su verdadero sentido, deben fijarlo los Tribunales, ateniéndose más especialmente al objeto ó fin que se propusieron los contratantes que á las palabras de que usaron para consignarlos, desechando aquellas que no permitan que lo pactado tenga efecto é interpretando las dudosas contra el que las usó:

Considerando que llanamente entendida la cláusula 5ª de los contratos de 24 de Abril de 1856, aparece que los demandados se obligaron á adelantar á los demandantes, cuando éstos ejecutasen las obras que se proponían hacer con arreglo á los planos aprobados para las edificaciones en la plaza de la Independencia de la ciudad de Gerona, las dos terceras partes del importe del frente y pórtico por cuenta de las pensiones censales que debían satisfacerles en razón del establecimiento que en el mismo contrato se pactaban:

Considerando que la sentencia recurrida infringe dichos contratos, puesto que no habiéndose determinado en la cláusula 5ª el plazo dentro del cual los demandantes debían ejecutar la obra que intentaban, la Sala sentenciadora no tuvo en cuenta para apreciar dicha cláusula las reglas de interpretación que quedan expuestas, ó introducen en la obligación aceptada por los demandados condiciones y limitaciones respecto al plazo y las obras no convenidas por los interesados, que anulan su voluntad y hacen imposible el fin ú objeto que se propusieron;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Prats y Font, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 14 de Julio de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona.—(Sentencia publicada el 28 de Febrero de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 22 de Agosto del mismo año.)

71

Recurso de casación (2 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—Ha lugar al interpuesto por Doña Dionisia López Plaza con Doña Fermina Pérez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que no puede calificarse de depósito regular, en el cual siempre conserva el depositante la propiedad de la cosa depositada, el recibo de una cantidad aunque se consigne tal calidad en el documemto que lo consigne, si por el demás contexto de dicho documento privado se ve que no fué un contrato de aquella clase el que realmente se celebró, puesto que la referida cantidad fué entregada por cuenta y con obligación de devolverla en la misma especie de moneda fiduciaria que la recibía, ó en oro ó plata, y por lo tanto adquirió el dominio y uso de la cantidad que se decía depositada, con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie, con arreglo á la ley* 2ª, *tít.* 3º *de la Partida* 5ª;

2º *Que tampoco puede calificarse de depósito irregular, porque tanto éste como el verdadero son contratos gratuitos por su naturaleza y degeneran en otra clase, según la ley antes citada, cuando media precio ó galardón;*

Y 3º *Que la sentencia dada en un pleito no aprovecha ni daña por regla general á los que no litigaron ni traen causa de ellos.*

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Marzo de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital y en la Sala primera de la Audiencia del territorio por Doña Dionisia López Plaza, dedicada á sus labores, vecina de esta capital, representada por el Procurador D. Antonio Arana y Morayta y defen-

dida por el Licenciado D. José Ruiz de Quevedo, con Doña Fermina Pérez y Pérez, sin profesión, de la propia vecindad, representada por el Procurador D. José López Sánchez, bajo la dirección del Licenciado D. Luis F. Aguilera y D. Narciso Domínguez Alvarez, en rebeldía, sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que en documento privado, firmado en esta corte á 10 de Febrero de 1873 por D. Narciso Domínguez Alvarez, declaró haber recibido de Doña Fermina Pérez y Pérez la cantidad de 6.000 duros, ó sean 120.000 rs., en calidad de depósito, concediendo derecho á la referida señora á exigir al Domínguez la cantidad mencionada ó en billetes del Banco de España, en que se la había entregado, ó en moneda de oro ó plata, como lo tuviera por conveniente, reclamándosela con ocho días de anticipación en el punto donde tuviera por conveniente, y teniendo derecho desde aquel momento á todos los bienes muebles é inmuebles que el firmante poseyera ó pudiera poseer, dirigiendo y gobernando la casa que el mismo habitaba, así como á todos los recibos y documentoos que poseía y pudiera poseer el repetido firmante, siempre que estuviese conforme la acreedora en recibirla:

Resultando que previo embargo preventivo, Doña Fermina Pérez interpuso en 22 de Setiembre de 1876 demanda ordinaria, ejercitando la acción directa de depósito, para que teniéndose por ratificado el embargo preventivo se condenase en su día á D. Narciso Domínguez á la devolución ó pago de las 30.000 pesetas depositadas en su poder por Doña Fermina, á quien además abonaría todos cuantos gastos, daños y perjuicios se la hubiesen ocasionado: que conferido traslado á D. Narciso Domínguez, no compareció y fué declarado en rebeldía; y seguido el juicio por sus trámites, el Juez de primera instancia, por sentencia de 8 de Febrero de 1877 condenó á D. Narciso Domínguez á la devolución ó pago á Doña Fermina Pérez de la cantidad de 30.000 pesetas que de la misma tenía en depósito, con los intereses correspondientes á razón de 6 por 100 anual desde la fecha de la incoación de la demanda, y las costas:

Resultando que declarada firme dicha sentencia, se procedió á su ejecución, anunciándose la subasta de la finca embargada; pero como lo hubiese sido con anterioridad por el Juzgado de la Audiencia en virtud de autos que seguía D. Juan Díaz García con D. Narciso Domínguez, después de parcticadas otras diligencias aquel Juzgado puso a disposición del que conocía de estos autos 9.752 pesetas 75 céntimos sobrantes después de satisfechas las responsabilidades originadas en los que se habían seguido en el primero, de cuya cantidad se consignó en la Caja de Depósitos 4.600 pesetas á disposición del Juzgado del Hospital hasta tanto que se decidieran los autos de tercería de mejor derecho que tenían promovido Doña Dionisia López Plaza contra Doña Fermina Pérez y D. Narciso Domínguez:

Resultando que por escritura otorgada en esta corte en 19 de Agosto de 1876, D. Narciso Domínguez declaró que recibía en el acto, como así se verificó, de Doña Dionisia López, sin interés por entonces, 1.900 pesetas que se obligaba á pagar á la Doña Dionisia el día 18 de Setiembre entonces próximo, y si no lo verificase, desde el siguiente día 19 cesaría de ser gratuito y devengaría 600 rs. mensuales por razón de intereses; y además de la obligación general que hacía Domínguez de todos sus bienes para el pago de este mutuo, lo garantizaba especial y señaladamente con el precio de la venta que tenía concertada de un

terreno de su propiedad, sito en las Peñuelas, y que el Domínguez se obligó á no vender, ceder ni hipotecar sin que fuese pagado este préstamo y sus intereses caso de devengarlos:

Resultando que en 19 de Junio de 1877, Doña Dionisia López dedujo demanda, en la que después de hacer mérito de los antecedentes relacionados. y fundada en la escritura de 19 de Agosto de 1876, expuso que deducida demanda de tercería de mejor derecho contra D. Narciso Domínguez y Doña Fermina Pérez, por evitar que ésta hiciese efectiva la cantidad de 120.000 rs. del valor de la finca mencionada y de que se decía acreedora del Domíngez mediante el preferente derecho que en su concepto tenía su crédito sobre el de ésta, si se tenía en cuenta que era escriturario, mientras que el de Doña Fermina era quirografico: que aunque se decía por la Doña Fermina que su crédito procedía de un depósito, no pasaba éste de ser un verdadero préstamo por haber pasado el dominio de la cantidad en que consistiera á poder del Domínguez: que siendo esto así, la preferencia del crédito de Doña Dionisia López era visible, mediante á que según la ley 5ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación, los créditos que resultan de escritura pública la tienen sobre los quirografarios; y que aparte de esto, todavía dicha preferencia sería visible, mediante á que el Domíngez garantizó el pago del crédito de Doña Dionisia López especial y señaladamente con el precio de la venta de la tierra que se había embargado á instancia de Doña Fermina; y concluyó solicitando se declarase que Doña Dionisia López tenía preferente derecho á cobrar su crédito de los bienes de D. Narciso Domíngez, y especial y señaladamente del valor del terreno descrito en la escritura de 19 de Agosto de 1876, que la Doña Fermina Pérez el suyo que tenía reclamado del propio D. Narciso, con especial condenación de costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Fermina Pérez y Don Narciso Domínguez, la primera contestó pidiendo que se desestimasen las pretensiones deducidas por Doña Dionisia López y se ebsolviese de la demanda á Doña Fermina Pérez, declarando que le asiste preferente derecho sobre la demandante para percibir de la cantidad resto del precio de los terrenos de D. Narciso Domíngez que se vendieron en pública subasta, únicos bienes que se le conocían, la suma á que ascendía el depósito que constituyó en poder del Domínguez, con imposición de costas á la parte demandante; y al efecto alegó que para resolver la cuestión que en esta tercería se debate, había que apreciar la distinta naturaleza de los contratos celebrados por D. Narciso Domínguez con Doña Fermina Pérez y con Doña Dionisia López: que Doña Fermina Pérez constituyó un depósito de 120.000 rs. el día 10 de Febrero de 1873 en poder de D. Narciso Domíngez, como se acreditaba por el documento privado obrante en autos: que aun suponiendo cierto que la demandante diese en préstamo á Domíngez el 19 de Agosto de 1876 la cantidad de 1.900 pesetas, era indudable que las obligaciones nacidas del depósito son más sagradas y preferentes que las del contrato de mutuo y que deben ser pagadas con anterioridad: que además de la preferencia que debía otorgarse á la reclamación de pago que dedujo Doña Fermina Pérez en consideración á la naturaleza del contrato de depósito, era necesario otorgársela, porque el mencionado depósito se verificó unos cuantos años antes de que el préstamo se verificara; y citó como fundamentos de derecho las disposiciones de las leyes 1ª, 2ª, 5ª, 9ª y 10, tít. 3º, Partida 5ª; las leyes 114, 119, tít. 18, Partida 3ª; el principio de derecho *Qui prior est tempore potior est*

jure; la jurisprudencia consignada en sentencias de este Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1876, 12 de Mayo de 1870 y 2 de Marzo de 1868:

Resultando que D. Narciso Domínguez fué citado y emplazado por medio de edictos que se publicaron en los periódicos oficiales, y no habiendo comparecido se le declaró en rebeldía; entendiéndose las diligencias sucesivas con los estrados:

Resultando que seguido el juicio por sus trámites, el Juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo á Doña Fermina Pérez de la demanda de tercería de mejor derecho propuesta por Doña Dionisia López, y declaró que no existía la preferencia al cobro que se pretende por la Doña Dionisia y sí en Doña Fermina para percibir de la cantidad resto del precio de los terrenos de D. Narciso Domíngez enajenados en pública subasta la suma del depósito declarado en la sentencia, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que confirmada por la que la Sala primera de la Audiencia del distrito dictó en 13 de Julio de 1882, por parte de Doña Dionisia López Plaza se interpuso recurso de casación, citando como infringidos:

1º La ley 20, tít. 20 de la Partida 3ª, en cuanto dispone que la sentencia dada contra uno no perjudica á otro:

2º Las leyes 114 y 119, tít. 18 de la Partida 3ª, en cuanto la primera de ellas exige la prueba de legitimidad de un documento privado cuando se negase ó no tuviese como tal á la parte contraria ó contra quien se quiere hacer valer en el mismo contenido; y respecto de la segunda, en cuanto no tiene por eficaz tal documento privado mientras no sea reconocido como legítimo por la persona á quien asimismo perjudique, ni se le tendrá por válido como no sea que manifiesten dos testigos dignos de crédito haberle visto escribir o que se mandó; y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 11 de Enero de 1877 y 11 de Marzo de 1863, concreta á que según las leyes 114 y 119, tít. 22 de la Partida 3ª, para que las cartas particulares prueben contra las personas á quienes se atribuyen, es menester que éstas las reconozcan, ó en otro caso que se pruebe con dos testigos buenos y sin sospecha que de su orden se extendieron:

3ª La ley 2ª, tít. 3º de la Partida 5ª, en la parte que dispone que para que haya depósito, el depositario no ha de recibir precio ni recompensa alguna; si la recibiese ó se le prometiese, entonces mejor que depósito habría un arrendamiento por el cual el que recibiese la cosa quedaría más obligado á su custodia; y en cuanto á que cuando se entrega una cosa por cuenta, peso ó medida, pasa su dominio al que la recibe; porque según el contenido del documento de que se trata, era evidente que lejos de ser depósito se tendría como arrendamiento; y con respecto al segundo de los expresados particulares, se comete la infracción, toda vez que se ha partido del hecho equivocado de quese trata de la misma cosa depositada y de la que conservaba el domnio depositante, ó considera tal; siendo así que lejos de ser la misma cosa depositada es otra muy distinta; es decir, no son los billetes que la Doña Fermina dice entregó en depósito á Domínguez, sino del resto del precio de una finca obligada á la Doña Dionisia López, aparte de que del mismo documento aparece se entregó la cantidad por cuanto y autorizó al Domínguez para usar de ella, cuando se sentó que podía devorverla en billetes, oro ó plata:

4º Las leyes 31, tít. 13 de la Partida 5ª, y la 5ª, tít. 24, libro 10 de

la Novísima Recopilación, puesto que expresamente disponen que cuando un crédito aparezca de documento privado y de otro de escritura pública, el que éste posea y el crédito que del mismo resulte tiene preferencia en su pago al que aparezca del documento privado, el de Doña Dionisia López consta de escritura pública, y el de la Doña Fermina Pérez de un documento privado, y siendo así, por más que éste sea de fecha anterior, no puede tener preferencia el crédito que resulta de escritura pública; y por lo tanto, en haberse tenido aquel por preferente al que aparece de dicha escritura, se ha causado la infracción citada:

5° Las leyes 12, tít. 14 de la Partida 5ª, y la 14, tít. 13 de la misma Partida, en cuanto dispone la primera de ellas que si bien tienen notable preferencia sobre otros débitos los de cosas dadas en encomienda ó depósito y se hayan reclamado en juicio unos y otros, esto es, cuando no estén obligados los bienes á los créditos del deudor que no tienen expresada procedencia, y la segunda en lo respectivo á que dada en prenda una carta de donación ó de compra de alguna heredad ó casa propia, se entiende que se empeña la finca á que se refiere la carta como si se diese la posesión de la finca misma:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que la preferencia que alega Doña Fermina Pérez para cobrar su crédito con anterioridad á la tercera opositora Doña Dionisia López se funda principalmente en la naturaleza del conrrato de donde aquel dimana, atribuyéndole al efecto el carácter de depósito:

Considerando que aunque el papel privado de 10 de Febrero de 1873, en el que reconoce el deudor común D. Narciso Domínguez haber recibido de Doña Fermina Pérez 6.000 duros, se dice que en calidad de depósito, por el demás contexto de dicho documento privado se ve que no fué un contrato de aquella clase el que realmente se celebró, puesto que la referida cantidad le fué entregada por cuenta y con la obligación de devolverla en la misma especie de moneda fiduciaria que la recibía, ó en otras de oro ó plata, y por lo tanto adquirió el dominio y uso de la cantidad que se decía depositada, con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie, con arreglo á la ley 2ª, título 3° de la Partida 5ª, y por consiguiente no fué ni puede concedérsele la pretensión de depósito regular, en que el depositante conserva siempre la propiedad de la cosa depositada:

Considerando que tampoco puede calificarse de depósito irregular, porque tanto éste como el verdadero son contratos gratuitos por su naturaleza y degeneran en otra clase, según la ley antes citada, cuando media precio ó galardón, como en el caso presente, en el que el Domínguez concedía á Doña Fermina derecho á todos sus bienes muebles é inmuebles y á dirigir y gobernar la casa que el mismo habitaba:

Considerando que la sentencia dada en un pleito no aprovecha ni daña por regla general á los que no litigaron ni traen causa de ellos; y por lo tanto, la que recayó en el seguido por la Doña Fermina contra D. Narciso para el cobro de los 6.000 duros, en nada perjudica el derecho de la recurrente:

Considerando, en virtud de lo anteriormente expuesto, que la Sala sentenciadora al calificar de depósito el contrato que consta en el papel pribado de 10 de Febrero de 1873 y otorgar por ello preferencia para el cobro de un crédito á Doña Fermina sobre el de Doña Dionisia, que justifica el suyo por medio de escritura pública, infringe la ley 2ª, tí-

tulo 3°; la 31, tít. 13, Partida 5ª, y la 5ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación, que dispone que los créditos que resulten de escritura pública tienen preferencia sobre los quirografarios, citados en los motivos 3° y 4° del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña Dionisia López Plaza contra la sentencia que en 13 de Julio de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito; en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia.—(Sentencia publicada el 2 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Agosto del mismo año.)

72

Recurso de casación (3 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.—Ha lugar al interpuesto por D. Valentín Martín López y otros con D. Antonio Aday (Audiencia de Las Palmas), y se resuelve:

Que si bien según la ley 3ª, *tít.* 15, *Partida* 7ª, *el que causa un daño está obligado á indemnizarlo, es también regla de derecho consignada en el tít.* 34 *de la misma Partida*, que non face tuerto á otro quien usa de su derecho.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Marzo de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Santa Cruz de la Palma y en la Sala de justicia de la Audiencia de Canarias por . Antonio Aday, vecino de aquella ciudad, con D. José Francisco y DD Antonio Martín Hernández, D. Valentín Martín Lopez, D. Silvestre Feliciano Lorenzo, D. Juan González Pérez, D. Juan Antonio Rodríguez García, D. Gregorio Batista Martín, D. Manuel de Paz Rodríguez, D. Antonio Herrera Martín, como marido de Doña Antonia Rodríguez Calero; D. Andrés Rodríguez Hernández, como marido de Doña Leoncia Rodríguez Calero; D. Francisco Morales Duque, como curador *ad litem* de Doña Micaela Rodríguez Calero; estas tres hermanas Rodríguez Calero, como herederas de su padre D. Tomás Rodríguez López y Doña María Rodríguez y Rodríguez, en representación de sus hijos menores Doña María de los Dolores, D. Leandro, Doña Angelina y D. Benito López Rodríguez, hijos y herederos de D. Simón Antonio López, vecinos todos de la villa de San Andrés de Sauces, sobre indemnización de perjuicios, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandados y en su defensa y representación por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Patricio García Alcañiz, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Juan de Alvarado y por el Procurador D. Francisco Egea y Gómez:

Resultando que en 15 de Junio de 1889 dedujo D. Antonio Aday demanda civil ordinaria contra D. Antonio Martín Hernández, D. José Francisco Martínez Hernández, D. Valentin Martín López, D. Gregorio Batista Martín, D. Silvestre Feliciano Lorenzo, D. Juan Antonio Rodríguez García, D. Juan González Páu y D. Manuel de Paz Rodríguez, individuos que habían sido del Ayuntamiento de la villa de San Andrés y Sauces en el año 1875 á 76, contra Doña Antonia, Doña Leoncia y Doña Micaela Rodríguez Calero, como herederas de su difunto padre D. Tomás Rodríguez López, Alcalde Presidente que había sido en dicho Ayuntamiento, y contra los hijos y herederos de D. Simón

Antonio López, que también perteneció á dicha corporación, con la solicitud de que en virtud de la acción personal que ejercitaba se les condenase á abonar 17.566 pesetas 71 céntimos por los perjuicios que según la cuenta que acompañaba le habían causado á consecuencia de los siguientes hechos, en que fundó su demanda: que destituído y depuesto en Julio de 1875 el Ayuntamiento de la villa de San Andrés y Sauces, por el Gobernador civil de la provincia, y nombrado Alcalde Presidente de la nueva corporación D. Tomás Rodríguez López, se dirigió éste á dicho Gobernador consultándole si por la falta que habían notado del acta original de aprobación del presupuesto de aquel año 1875 á 76 se debía hacer otro presupuesto, ó si teniendo por bastante el ya formado debía llevarse á efecto: que la Comisión provincial, en contestación á dicha consulta, manifestó en 2 de Octubre de 1875 que en su archivo obraba una certificación del acta de aprobación del presupuesto, de la que acompañaba copia, por lo cual debía exigirse al que tuviese el original á presentarlo, y sólo en el caso de que se justificase que no había existido tal acta sería cuando tendría lugar la nulidad del presupuesto, y se debería entonces acudir á quien correspondiera para exigir la responsabilidad criminal consiguiente á los culpables: que en vista de esto, acordó el Ayuntamiento en 8 del mismo mes de Octubre que se reclamase al demandante, Secretario que había sido de aquella corporación hasta el 2 de Agosto de aquel año, en que fué separado, la indicada acta original de aprobación del presupuesto, á lo cual contestó que ya lo había verificado en unión de los demás documentos del archivo capitular que entregó bajo inventario en 3 del mismo mes de Agosto ante el Alcalde Presidente y tres testigos: que el Alcalde Presidente D. Tomás Rodríguez López instruyó un expediente, en el que se concretó á recibir declaraciones á los individuos que componían la corporación municipal y á los que habían pertenecido al Ayuntamiento depuesto en Julio de 1875, en vista del cual y de la petición que formuló el Síndico D. Valentín Martín López acordó el Ayuntamiento por unanimidad remitir al Juzgado de primera instancia las diligencias instruídas en averiguación del acta cuya inexistencia y falsedad suponía: que el Juzgado de primera instancia acordó en 2 de Diciembre del mismo año 1875 la instrucción del correspondiente sumario en averiguación de la falsedad denunciada, dictó más tarde auto de procesamiento y prisión contra el demandante, y pronunció después de dos años y cuatro meses sentencia definitiva, condenándole á 14 años, ocho meses y un día de cadena temporal, 2.500 pesetas de multa y accesorias correspondientes: que la Audiencia del territorio declaró nulo y sin efecto todo lo actuado por razón de la incompetencia con que el Juzgado había entendido en la causa, y dictó después sentencia definitiva en 7 de Abril de 1880, absolviéndole con toda clase de pronunciamientos favorables, y reservándole su derecho para ejercitar las acciones que viera corresponderle; y que a consecuencia de tal proceso, de la prisión que por espacio de dos años y cuatro meses sufrió, y de los gastos que le ocasionó, se le siguieron perjuicios en la cantidad demandada, que reclamaba por concedérselos la ley y la reserva contenida en la susodicha sentencia de la Audiencia:

Resultando que los demandados contestaron la demanda pidiendo que se les absolviera de ella y se impusiera al actor perpetuo silencio y pago de costas, alegando al efecto que en una de las partidas del inventario con que Aday entregó al archivo municipal, se hizo constar

que entregaba el presupuesto municipal del año económico de 1875 á 76, pero que no constaba en él la competente aprobación: que antes de dirigir al Gobernador de la provincia la consulta de que se hacía mención en la demanda de si llevaba ó no á efecto el presupuesto formade, se requirió diferentes veces al demandante Aday y al anterior Alcalde Presidente D. Antonio Herrera Rodríguez para que entregase el acta sosodicha y los demás documentos que faltaban, sin que contestaran cosa alguna á tales requerimientos: que al mismo tiempo que se remitieron al Juzgado de primera instancia las diligencias instruídas en averiguación de la falsedad cometida, se envió copia de las mismas á la Comisión provincial, pidiéndole autorización para formar nuevo presupuesto; en vista de lo cual dicha Cómisión se dirigió en 30 de Noviembre al Gobernador de la provincia, manifestándole que había acordado decir al Ayuntamiento de San Andrés y Sauces que resultando demostrada la ineficacia de la aprobación que aparecía dada al presupuesto de 1875 á 76, debía proceder inmediatamente á formarlo de nuevo por los trámites de ley, pasando copia á aquella Superioridad, y que en cuanto á las faltas que aparecían cometidas, podría denunciarlas el Tribunal competente, cuyo acuerdo fué trasladado por el Gobernador civil al Alcalde Presidente del Ayuntamiento con fecha 4 de Diciembre: que el ofrecimiento que á los demandados se les hizo como individuos del Ayuntamiento de la causa instruída contra Aday y contra D. Antonio Herrera, contestaron que no se mostraban parte en ella y que renunciaban la indemnización civil; y que en la sentencia absolutoria dictada en la mencionada causa no se daba por probado en ninguna parte de ella que D. Antonio Aday hubiese entregado en el acto de otorgarse el inventario el acta de aprobación definitiva por la Junta municipal del indicado presupuesto, ni se daba tampoco por probado que los individuos que componían el Ayuntamiento en aquella época supieran y hubieran visto la referida acta, ni en la parte dispositiva de dicha sentencia se declaraba falsa la denuncia ni se mandaba proceder criminalmente contra los demandados por el hecho de haber acordado remitir al Juzgado de primera instancia las diligencias instruídas por la falta del acta de aprobación:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron tambas partes en lo dicho y alegado en sus anteriores escritos; y sus anciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia la Sala de justicia de la Audiencia de las Palmas en 29 de Mayo último, que no fué del todo conforme con la del Juzgado, condenando á los demandados á satisfacer al demandante 16.425 pesetas como daños y perjuicios causados en el término de ocho días, abonando dicha suma por iguales partes D. José Francisco y D. Antonio Martín Hernández, D. Valentín Martín López, D. Silvestre Feliciano Lorenzo, Don Juan González Pérez, D. Juan Antonio Rodríguez García, D. Gregorio Batista Martín, D. Manuel de Paz Rodríguez, y en representación de D. Tomás Rodríguez López y D. Simón Antonio López, ya fallecidos, sus hijos y herederos respectivos Doña Antonia, Doña Leoncia y Doña Micaela Rodríguez Calero, y Doña María de los Dolores, D. Leandro, Doña Angelina y D Benito López Rodríguez:

Resultando que D. José Francisco y D. Antonio Martín Hernández y demás demandados interpusieron recurso de casación por considerar infringidas:

1º La ley 3ª, tít. 15, Partida 3ª, que dice á quienes y ante quienes

puede ser demandada enmienda del daño; porque en dicha ley solamente se impone la obligación de repararlo á aquel que lo ha causado sin razón ni derecho: la regla 14 del título 34 de la misma Partida, que declara que no hace tuerto á otro quien usa de su derecho, y la 20 del mismo título, que dice que no es responsable del daño que causa aquel que obra por mandato de su superior; puesto que el Ayuntamiento de la villa de San Andrés y Sauces, no solamente ejercitó un derecho al dirigir su denuncia al Juzgado de primera instancia, sino que cumplió un deber obedeciendo la orden de la Comisión provincial, que le fué trasmitida por el Gobernador de la provincia en 4 de Diciembre de 1875:

2º La doctrina legal de que la querella ó denuncia hecha ante los Tribunales no puede producir para sus actores más responsabilidad criminal ni civil que la que se hubiese declarado contra ellos en el auto ó sentencia con que se hubiese terminado la causa á que hubiese dado origen la querella ó la denuncia; doctrina que es la consecuencia necesaria de lo que disponen el art. 340 del Código penal y el último párrafo del 356 de la Compilación, en los que taxativamente se limita la responsabilidad civil de los querellantes temerarios ó maliciosos al pago de las costas, en el concepto de que se exige á los recurrentes una responsabilidad civil diversa de las indicadas no declarada ni impuesta en la sentencia absolutoria del denunciado Aday, pues la reserva genérica y vaga que á favor de éste se hizo en aquel fallo, no declara á su favor derecho alguno de una manera eficaz ni define tampoco cosa alguna, según la jurisprudencia consignada por este Tribunal Supremo en sentencias de 12 de Junio de 1869, 29 de Abril de 1875, y 10 de Junio de 1879:

3º La ley 19, tít. 22, Partida 3ª, que declara la fuerza que ha tenido el juicio; porque habiendo debido definirse en la sentencia que puso término á la causa todas las responsabilidades criminales y civiles procedentes de los hechos sobre que aquélla versó y corespondientes á cuantos en ella intervinieron, ya como denunciantes, ya como querellantes, ya como procesados, y no habiéndose declarado á los recurrentes incursos en ninguna de dichas responsabilidades, la sentencia que en un nuevo juicio se les impone por los mismos hechos que en aquella causa se discutieron y sobre los que recayó la sentencia allí dictada, es claro que infringe la fuerza ejecutoria de ésta, y por lo tanto, la ley citada que la define y establece;

Y 4º El art. 896 de la Compilación del Enjuiciamiento criminal, ley vigente cuando se hizo por el Ayuntamiento la denuncia, según el cual los meros denunciantes de un supuesto hecho punible nunca contraen ni pueden contraer por la denuncia, responsabilidad alguna civil; á no ser que al hacerla ó con su ocasión cometiesen algún delito, toda vez que es un hecho probado y por tal habido en la sentencia recurrida que la corporación municipal al hacer la denuncia no cometió delito ni tampoco con su ocasión:

Resultando que déspues de señalado día para la vista de este recurso, se separaron y desistieron de él en forma legal D. Manuel de Paz Rodríguez, D. Juan González Pérez D. Gregorio Batista Martín, D. Juan Antonio Rodríguez García, D. José Francisco Martín Hernández y Don Antonio Martín Hernández, y se les tuvo por separados, con los pronunciamientos consiguientes por auto de la Sala de 17:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia firme de 7 de Abril de 1880 no contiene el precepto de proceder contra los individuos del Ayuntamiento de San Andrés y Sauces, que tomaron el acuerdo de remitir al Juzgado de primera instancia las diligencias instruídas en averiguación del acta de aprobación del presupuesto de 1875 á 1876, como hubiera debido contenerlo, conforme al párrafo tercero, art. 340 del Códifio penal, si de la causa principal resultaran méritos bastantes para abrir un nuevo proceso, y por consecuencia no se puede referir á ellos la reserva que hace al procesado D. Antonio Aday *de su derecho para ejercitar las acciones que puedan corresponderle*, ni servir de base y fundamento de la acción civil procedente de delito, que ha ejercitado en el presente pleito:

Considerando que es tambián infundado en el concepto meramente civil la acción deducida por D. Antonio Aday, porque si bien según la ley 3ª, tít. 15, Partida 7ª; el que causa un daño está obligado á indemnizarlo, es también regla de derecho consignada en el tít. 34 de la misma Partida, *que non face tuerto á otro quien usa su derecho*; y es incuestionable, no solamente el derecho, sino el deber en que estaba el derecho, sino el deber en que estaba el Ayuntamiento de San Andrés y Sauces de pasar á los Tribunales de justicia sin formalizar instancias los antecedentes reunidos para averiguar si el presupuesto municipal había sido legítimamente aprobado, para lo cual le autorizó también la Comisión provincial en vista del testimonio ó copia de los mismos antecedentes por resultar la ineficacia de la aprobación que aparecía dada al expresado presupuesto:

Considerando en virtud de lo expuesto, que la sentencia recurrida al condenar á los demandados á pagar á D. Antonio Aday 16.425 pesetas como indemnización de los daños y perjuicios sufridos como motivo de la causa á que estuvo sujeto y en que fué absuelto libremente, infringe las leyes y doctrinas legales que quedan citadas y sirven de fundamento al recurso sostenido á nombre de los individuos del Ayuntamiento de San Andrés y Sauces y sus causa-habientes comprendidos en la demanda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Valentín Martín López, D. Silvestre Feliciano Lorenzo y los hijos y herederos respectivos de D. Tomás Rodríguez López y D. Simón Antonio López; y en su consecuencia casamos y anulamos respecto de dichos recurrentes la sentencia que en 29 de de Mayo de 1882 dictó la Sala de justicia de la Audiencia de las Palmas de Gran Canaria.—(Sentencia publicada el 3 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Agosto del mismo año.)

73

Recurso de casacion (3 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—ENTREGA DE UN LEGADO.—Ha lugar al interpuesto por D. José Garriga y otro con D. Pablo Fernández Cabré (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la ley romana sobre destitución de testamento está modificada por el derecho peculiar de Cataluña:

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Marzo de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Valls y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona pnr D. Pablo Fernández

Cabré, vecino de Valmoll, y por su defunción por su hija Doña Rosalía Fernando y Pijoán, con los consortes D. José Garriga y Robert y Doña Mercedes Tomás y Fábregas de Garriga; vecinos de Valls, sobre entrega de un legado; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandados por el Procurador D. Manuel de Diego, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura; habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. José María Tárrago y el Procurador D. Federico Grasés y Riera:

Resultando que por razón del matrimonio concertado entre D. Rafael Tomás y Doña Isabel Fábregas, los padres de ésta D. Narciso Fábregas y Doña Gertrudis Miró dieron á su hija por título de donación pura, perfecta é irrevocable, en escritura de capitulaciones matrimoniales de 3 de Abril de 1845, 2.000 libras catalanas, pagaderas 1.000 el día en que se efectuase el matrimonio y las otras 1.000 en el término de seis años, ó tan luego como los donantes estuvieron en disposición de hacerlo; en cuyo mismo acto el futuro marido D. Rafael Tomás dió á su futura esposa Doña Isabel como aumento de dote ó donación por razón de matrimonio 1.000 libras, y en escritura de 23 de Mayo de 1855; dichos consortes Tomás Fábregas otorgaron carta de pago de dicha dote á favor de D. Manuel Fábregas:

Resultando que D. Rafael Tomás y Doña Isabel Fábregas tuvieron una hija llamada Doña María de las Mercedes, que casó con D. José Garriga, por virtud de cuyo matrimonio se otorgaron capítulos matrimoniales en 8 de Junio de 1867, en los que los padres de Doña María de las Mercedes hicieron á favor de ésta donación universal de todos sus bienes muebles é inmuebles, voces, derechos y acciones en pago de sus legítimas paterna y materna, suplemento, mejoras y demás que pudiera pretender en sus bienes, reservándose los donantes juntos y el sobreviviente de los dos el pleno é íntegro usufructo de todos los bienes donados, bajo ciertas y determinadas condiciones que no son del caso, la cantidad de 4.000 libras catalanas, equivalentes á 4.266 escudos 666 milésimas, 3.000 para que pudiera disponer de ellas la madre á su voluntad y 1.000 el padre, y además este último cinco fincas, que describió y señaló, entre ellas una pieza de tierra, conocida por la Glorieta, de cabida de dos jornales; declarando con motivo de esta última reserva y al fin de que los futuros consortes pudieran percibir las mejoras que tal vez se hiciesen en las fincas, que juntas tenían el valor de 1.600 escudos; cuyas reservas hicieron dichos donantes con pacto de que si no disponían de ellas quedasen comprendidas en esta donación, debiendo en tal caso la donataría hacer celebrar los funerales y demás píos de sufragios según costumbre de la casa:

Resultando que Doña Isabel Fábregas falleció en 11 de Abril de 1870, y su viudo D. Rafael Tomás, que contrajo segundo matrimonio con Doña Rosalía Fernando Pijoán, hija de D. Pablo Fernando Cabré, falleció en 12 de Diciembre de 1875, bajo testamento de 17 de Setiembre del mismo año, en el que legó á su suegro D. Pablo Fernando la pieza de tierra la Glorieta, de cabida dos jornales poco más ú menos, en la que se encontraba en la actualidad edificada una casa de labor y de recreo con una noria y otra edificación con un salón, y se hallaba plantada de árboles frutales y viña, declaró que en atención á la reserva que en su favor hizo en los capítulos matrimoniales que otorgó con motivo del matrimonio de su hija Doña Mercedes, dejaba y legaba á su mujer Doña

Rosalía Fernando Pijoán todos los créditos que le correspondían desde la fecha de dichos capítulos matrimoniales, 8 de Junio de 1867, y los que pudieran corresponderle hasta su muerte, con facultad de que pudiera retener por sí sola las escrituras, pagarés, cuentas, tasaciones y libros de honorarios para que pudiera reclamarlos á los deudores, tanto en juicio como fuera de él: declaró además que todos sus restantes bienes instituía heredera universal á su dicha única hija Doña María de las Mercedes á su libre voluntad, y si fallecía antes que él, nombraba é instituía en su lugar á su nieto José Garriga y Tomás, y en igual caso á la hermana de éste, Guadalupe, y por último, dijo que si por cualquier motivo impugnaba su hija Mercedes este testamento en todo ó en parte, pagase en pena y castigo de ello las 1.000 libras que se había reservado para disponer de ellas á su voluntad en los citados capítulos matrimoniales á su legatario nombrado en primer lugar Don Pablo Fernando; privando además á dicha su hija del derecho de detraer la cuarta trebeliánica y la cuarta falcidia:

Resultando que por escritura de 20 de Diciembre de 1875 declaró Doña Mercedes Tomás y Fábregas, con asistencia de su marido D. José Garriga, que no conviniéndole aceptar la herencia de su padre ni ser tampoco heredera abintestato, repudiaba la institución de heredera universal que había hecho á su favor, y se reservaba los créditos y todos los derechos y aciones que contra los bienes tuviera en particular la ley *Hæ edictari*, nulidad del testamento y las de posesión, usufructo y *tenuta* por la dote en metálico y esponsalicio de su difunta madre:

Resultando que los consortes Doña Mercedes Tomás y D. José Garriga promovieron en 23 de Mayo de 1876 interdicto de recobrar la posesión de la tierra la Glorieta de su casa, noria y demás dependencias, de la que habían sido despojados por D. Pablo Fernando Cabré; y sustanciado dicho interdicto, sin audiencia del despojante, dictó el Juzgado de Valls auto restitutorio, que fué confirmado por la Audiencia del territorio en sentencia de 30 de Agosto de 1876:

Resultando que en 5 de Febrero del siguiente año de 1877 dedujo D. Pablo Fernando Cabré la demanda que ha motivado este pleito, en la que en ejercicio de la acción real posesoria y reivindicatoria y de la personal *ex testamento*, solicitó se declarase que la finca la Glorieta le correspondía en posesión y propiedad en virtud del legado hecho á su favor por D. Rafael Tomás en su testamento de 17 de Setiembre de 1875, y que de ella se hallaba ya en posesión, y se condenase en su consecuencia á los consortes D. José Garriga y Doña Mercedes Tomás á su restitución con los frutos percibidos desde la restitución del interdicto y perjuicios irrogados por él, así como al pago de las 1.000 libras dejadas en el testamento para el caso de que fuese impugnado, con los intereses desde el 20 de Diciembre de 1875; á cuyo efecto alegó que en vida de D. Rafael Tomás venía cultivando la finca en cuestión por su encargo, y habiéndose enterado después de su fallecimiento que se la había legado y que la heredera Doña Mercedes Tomás había renunciado la herencia de su padre, había continuado cultivando la finca, no ya como encargado, sino como poseedor y propietario hasta que le fué notificada la sentencia dictada en el interdicto: que habiendo Doña Mercedes Tomás impugnado el testamento de su padre repudiando la herencia, apoderándose de los bienes de ellas y negándose á pagar los legados, había llegado el caso de hacer efectiva la pena impuesta poe su padre en su citado testamento de tener que pagar al demandanrt

las 1.000 libras que se había reservado para disponer á su voluntad en los capítulos matrimoniales de 8 de Junio de 1867, y que en los interdictos no se trata ni decide sobre el derecho á poseer, y puede por tanto ejercitarse las acciones, no sólo de propiedad, sino de posesión:

Resultando que por fallecimiento del demandante D. Pablo Fernando, ocurrido antes de que se confiriera traslado de su demanda á los demandados, se personó en los autos su hija Doña Rosalía Fernando Pijoán, segunda mujer, como se deja dicho, de D. Rafael Tomás, después de lo cual contestaron la demanda los consortes Garriga-Tomás, alegando en oposición á ella, entre otros hechos y fundamentos, que en efecto había repudiado la demandada la herencia paterna, y no teniendo el testamento instituciones, era nulo por carecer de heredero y caducaban los legados, quedandolos legatarios sin derecho para reclamarlos, ó cuando menos en suspenso hasta que hubiese heredero conocido: que la finca la Glorieta que D. Rafael Tomás se reservó en los capítulos matrimoniales de los demandados era en la época en que aquéllos se otorgaron de poco valor y había sido mejorada con posterioridad con tapias, edificios, norias y balsas, y como la donación universal contenida en dichos capítulos á favor de la demandada comprendía los bienes presentes y futuros del donante, era evidente que las mejoras hechas en dicha finca pertenecían á la demandada: que de la misma manera que D. Rafael Tomás carecía de facultades para legar las indicadas mejoras, no la tenía tampoco para legar los créditos, muebles, libros y demás que tuviese al tiempo de su muerte; y que si se hubiese de atender las disposiciones testamentarias de su citado padre, en las que legaba á la viuda de su segundo matrimonio, la demandante, y el al padre de ésta todos sus créditos, la Glorieta y 1.000 libras catalanas, resultaría, no sólo que nada había dado á su hija, única del primer matrimonio, sino que la había perjudicado hasta en lo suyo propio, haciéndola perder una gran parte del crédito que como heredera de su madre tenía contra su padre por el dote y esponsalicio de aquélla, y beneficiando completamente á la viuda de su segundo matrimonio; en virtud de todo lo cual concluyeron invocando la excepción de falta de acción por nulidad del testamento y pidiendo que se les absolviese de la demanda, y por vía de la reconvención que establecían se declarase que todas las mejoras hechas en la Glorieta, así como todos los créditos, frutos, alhajas, ropas, dinero y demás dejado por D. Rafael Tomás á su fallecimiento, excepto lo que expresamente se reservó en las capitulaciones matrimoniales, eran de la propiedad de la demandada Doña Mercedes, y que subsidiariamente lo era también dicha reserva en virtud de la ley *Hæc edictali*, Cod. *De secund.*, *nup.*; condenando en su consecuencia á la demandante á que se abstuviera de molestar á los demandados en el percibo y cobro de dichos créditos, entregándoles los que hubiese percibido, con los intereses correspondientes y las existencias en dinero, frutos, alhajas, muebles y demás que retenía con los frutos percibidos y podidos percibir:

Resultando que en la réplica añadió la demandante que al aceptar Doña Mercedes Tomás la donación universal que le hizo su padre en los capítulos matrimoniales, se dió por pagada y satisfecha de todos sus derechos maternos, y en la dúplica reprodujeron los demandados lo alegado en su contestación:

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencie de Barcelona dictó sentencia en 11 de Marzo del año próximo pasado, confir-

matoria en parte y en parte revocatoria de la de primera instancia, declarando que D. Pablo Fernando y Cabre tenía derecho al legado de la finca llamada la Glorieta que D. Rafael Tomás le hieo en su testamentó, y al de las 1.000 libras que también le legó para el caso de que su hija Doña Mercedes Tomás y Fábregas impugnara dicho testamento, cuya condición se ha verificado y cuyos legados corresponden en la actualidad á la demandante Doña Rosalía Fernando Pijoán como única heredera de su padre D. Pablo; y condenando en su consecuencia á Doña Mercedes á entregar á Doña Rosalía Fernando dicha finca con los frutos percibidos y debidos percibir desde la restitución del interdicto, así como á la indemnización de los daños y perjuicios y reintegro de las costas causadas en el mismo y en las dos instancias de este juicio; y por último, al pago de las 1.000 libras legadas condicionalmente; absolviendo á Doña Rosalía Fernando de la reconvención:

Resultando que los consortes D. José Garriga y Doña Mercedes Tomás de Garriga interpusieron recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1° En que al declarar la Sala sentenciadora que D. Pablo Fernando, consorte de Doña Rosalía, tenía derecho al legado de la finca la Glorieta y condenar á la recurrente Doña Mercedes á su entrega, con los frutos percibidos y debidos percibir, sin limitación alguna y sin abono de las mejoras introducidas en aquélla, infringe las capitulaciones estipuladas y escrituradas en 8 de Junio de 1867, que contienen el heredamiento universal á favor de la recurrente; la Constitución única, tít. 2°, libro 5°, volumen 1° de las Constituciones de Cataluña; la 2ª, tít. 9°, libro 8° del mismo volúmen, y las leyes 1ª y 2ª, título 29, libro 3° del Código de *inofficiosis donationibus*, que consagran la irrevocabilidad de las donaciones ó heredamientos universales en cuanto no fueren inoficiosos, y la doótrina legal que conforme con dichos textos y con tal irrevocabilidad, tiene autorizada este Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de Octubre de 1876, 10 de Enero y 1° y 20 de Junio de 1873, 7 de Febrero de 1870, 26 de Junio de 1869 y en otras varias:

2° En haber sido también infringidas las Constituciones 1ª y 2ª, título 3°, libro 5°, volumen 1°, que consagran á favor de la viuda y de los huérfanos del primer matrimonio la posesión civilísima y la tenuta de los bienes relictos hasta que sean enteramente satisfechos de la dote y esponsalicio de la madre; el principio legal que sirve de base al interdicto de recobrar ó de retener, de que nadie debe ser desposeído sin previa audiencia y vencimiento en juicio; y la regla 193, tít. 17, libro 50, Digesto *De diversis reg. jur.*, según la cual no causa daño el que usa de su derecho, en cuanto se condena á los recurrentes á indemnizar los daños y perjuicios y reintegrar las costas del interdicto de recobrar, no obstante que al entablarlo y prestar fianza para que se sustanciase sin oir al despojante, procedió la recurrente dentro de los límites de su propio derecho y con sujeción á las leyes:

3° En el caso 3° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil y en la infracción de la 16, tít. 22, Partida 3ª, porque en la demanda se pidió que la recurrente fuese condenada á dimitir la Glorieta, con los frutos percibidos desde la restitución del interdicto y con los perjuicios irrogados por él, y la sentencia condena á entregar la finca con los frutos percibidos y debidos percibir, y no sólo á satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios, sino además á reintegrar las costas causadas en las dos instancias del Interdicto:

4° Porque al desestimar la sentencia la pretensión deducida en primer término en la demanda reconvencional de que no obstante el testamento de D. Rafael Tomás, se declarase que le pertenecen todos los créditos, frutos, alhajas, ropas, dinero y demás que al morir dejó el testador, menos lo que expresamente se reservó en los capítulos matrimoniales, á pesar de que la manda ordenada á favor de Doña Rosalía Fernando recae en total sobre bienes cuya disposición no se reservó el causante en las capitulaciones de 1867, infringe los mismos textos y doctrinas legales invocadas en el primer motivo:

Y 5° En haber sido igualmente infringidas al condenar la sentencia á la recurrente incondicional y totalmente al pago del legado, desestimando la reconvención, la ley 2ª, tít. 17, libro 2°. *Instituta Quibus mod. tet. infir.*, que establece la nulidad del testamento cuando el heredero instituído no acepta; la ley 6ª, tít. 9°, libro 5°, Cod. *De secundis, nupt.*, que ampara los intereses de la prole del primer matrimonio contra las sugestiones del padrasto ó la madrastra; y las Constituciones 1ª y 2ª, tít. 3°, libro 5°, volumen 1°, de las de Cataluña, que antes de toda detracción toda entrega y todo pago requieren y garantizan el íntegro abono de lo que la prole del primer matrimonio tiene derecho á percibir:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe las disposiciones citadas en el primer motivo, porque valiendo la Glorieta en su actual estado 2.500 pesetas, y no habiéndose hecho prueba alguna sobre que agregado á esa cantidad el valor de las otras fincas reservadas se traspasan los límites de las 4.000 que conjuntamente se las asignó en los capítulos matrimoniales para el efecto de que la donataria pudiera percibir las mejoras:

Considerando que no infringe las que se citan en el segundo motivo, porque el legatario llevaba la finca por voluntad del legante desde antes de la muerte de éste, y porque la nombrada heredera, como donataria universal se había dado por pagada de todo en los capítulos matrimoniales, y había renunciado además por escritura pública el carácter de tal heredera, á pesar de lo cual si todavía se creía asistida de algún derecho sobre la Glorieta debió hacer las reclamaciones oportunas sin emplear el procedimiento sumarísimo contra una persona que no había entrado en su tenencia después de la muerte del testador:

Considerando que no infringe las disposiciones invocadas en el tercer motivo, porque si bien al hacer relación de la demanda no se mencionan más que *los frutos percibidos*, en el apuntamiento de la Audiencia, aprobado por las partes, aparece que aquélla comprendía también *los frutos podidos percibir*:

Considerando que tampoco infringe las que se invocan en el quinto motivo, porque la ley romana sobre destitución de testamentos está modificada por el derecho peculiar de Cataluña, porque nada se ha justificado sobre que la hija recurrente perciba menos que la mujer del segundo matrimonio, y porque al convenirse el heredamiento universal, la primera se dió por pagada de todo lo que la correspondía, según ya queda expuesto:

Considerando que, por el contrario, la sentencia infringe las disposiciones alegadas en el cuarto motivo, porque el heredamiento universal convenido en 1867 comprende los bienes presentes y futuros, salvas las reservas que le acompañan;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por los causantes D. José Garriga y Doña Mercedes Tomás de Garriga en cuanto al cuarto motivo de los alegados, y que no ha lugar á dicho recurso respecto de las demás causas en que se funda; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 11 de Marzo de 1882 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en cuanto absuelve á la demandante Doña Rosalía Fernando Pijoán de la parte de la reconvención en que los susodichos consortes demandados pidieron que se declarase que les correspondían todos los créditos, frutos, alhajas, ropas, dinero y demás dejado por D. Rafael Tomás á su fallecimiento, excepto lo que expresamente se reservó en las capitulaciones matrimoniales.—(Sentencia publicada el 3 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Agosto del mismo año.)

74

Recurso de casación (5 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—APERTURA DEL JUICIO DE TESTAMENTARÍA.—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Laya con Doña Angela y Doña María Isabel Cañas (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que el art. 1047 de la ley de Enjuiciamiento civil no tiene aplicación si el juicio de testamentaría quedó legítimamente terminado, con arreglo al mencionado artículo, á instancia de todos los que eran parte en el mismo.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Marzo de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este territorio entre Doña María Isabel y Doña Angela Cañas, ésta casada con D. José Dordal, representadas por los Procuradores D. Francisco Sánchez Morayta y D. Hilario Dago, bajo la dirección del Licenciado Don Mariano Caldas y D. Pedro Laya, marido de la Doña Isabel, representada y defendida por el Procurador D. Lucio Alvarez y el Licenciado D. Tomás María Ariño, todos de esta vecindad, sobre que no se abra de nuevo el juicio de testamentaría de D. José Cañas y no se tenga por parte al Laya:

Resultando que con motivo del fallecimiento de D José Cañas y Godínez, D. Pedro Laya, como marido de Doña Isabel Cañas, promovió el correspondiente juicio voluntario de testamentaría, en el cual comparecieron los cónyuges D. José Dordal y Doña Angela Cañas, y se practicaron las primeras diligencias sin oposición alguna por parte de los interesados personados en los autos, hasta que después de habida por parte en su propio nombre á Doña María Isabel y por separado del juicio á D. Pedro Laya, á su instancia se presentó éste de nuevo en los autos, solicitando que se le tuviera por parte en ellos en el concepto de marido y legítimo representante de Doña María Isabel de Cañas, cuya pretensión, denegada primeramente en providencia de 3 de Agosto de 1880, fué acordada con posterioridad en auto del 30 del propio mes, en virtud del cual solicitada reposición por Doña María Isabel Cañas y denegada por el Juzgado, admitiendo la apelación interpuesta subsidiariamente, se remitieron los autos á la Superioridad, y en auto de 21 de Mayo de 1881 se declaró por la Sala no haber lugar á tener por parte

en aquellos autos á D. Pedro Laya en el concepto con que había comparecido de esposo y representante legítimo de Doña María Isabel Cañas:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado, las respectivas representaciones de Doña Angela y Doña María Isabel de Cañas solicitaron se sobreseyera en los indicados autos de testamentaría á fin de que las dos hermanas interesadas como únicas herederas practicaran privadamente todas las demás operaciones de la misma, á cuya pretensión se accedió por el Juzgado en auto de 1° de Diciembre del citado año de 1881, sobreseyendo en los referidos autos en la forma solicitada, dejando lcs bienes pertenecientes á dicha testamentaría á disposición de sus administradores y reservando á los interesados que habían deducido reclamaciones en aquel juicio las acciones que les asistiesen para que las dedujeran contra los herederos, si vieren convenirles, en la forma procedente:

Resultando que en tal estado, D. Pedro Laya y Aguado compareció en los autos pretendiendo que se abriese de nuevo el juicio universal de testamentaría de D. José Cañas y Godínez, y teniéndole por parte legítima en los autos, en los conceptos expresados de marido de Doña María Isabel de Cañas y de acreedor, se declarase la nulidad de todo lo actuado desde que se dictó el auto de sobreseimiento hasta la fecha, y por un otrosí pidió que mientras se resolvía definitivamente la pretensión anterior se suspendiera en la testamentaría todo género de diligencias y actuaciones, y acompañó la escritura de dote inestimada y confesada, otorgada por D. Pedro Laya y Doña María Isabel de Cañas en 9 de Agosto de 1876, de la que aparece, entre otras cosas, que Laya confesó haber recibido de su citada esposa la cantidad de 8 662 reales, ó sean 2.165 pesetas 50 céntimos en metálico, que existían en poder de D. José Cañas, padre de la Doña María Isabel, procedente del saldo de cuenta corriente entre padre é hija, según documento expedido por el D. José Cañas:

Resultando que el Juez acordó en 13 del mismo mes de Diciembre que se uniese el escrito á la pieza principal de la testamentaría, y quedando en suspenso el curso de los autos mientras se sustanciaba el incidente promovido, se confería traslado á los colitigantes por término de seis días á cada uno, de cuya providencia pidieron reposición Doña Angela y Doña María Isabel Cañas; y denegada por auto de 17 del propio mes, se interpuso apelación, que fué admitida en ambos efectos, se remitieron los autos á la Superioridad; y sustanciada la alzada, la Sala primera de lo civil de la Audiencia del distrito, por auto de 6 de Julio de 1882, revocando el apelado de 13 de Noviembre de 1881, declaró no haber lugar á sustanciar el incidente promovido por D. Pedro Laya, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Pedro Laya interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

El art. 1047 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que resultando de autos que D. Pedro de Laya es acreedor, y que promovió el juicio voluntario de testamentaría de que se trata, el sobreseerla sin su asentimiento, más aún, contra su expresa voluntad, como ha hecho la Sala sentenciadora, además de crear una situación de fuerza y de violencia en que resultan contrariados todos los preceptos jurídicos que dan al marido el dominio de la dote mientras no se declara roto el vínculo, además de torcer y quebrantar el régimen procesal establecido infringe el citado artículo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que el art. 1047 de la ley de Enjuiciamiento civil, único fundamento de este recurso, no tiene aplicación al caso de que se trata, porque el juicio de testamentaría quedó legítimamente terminado, con arreglo al mencionado artículo, á instancia de todos los que eran parte en el mismo.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Pedro Laya, al que condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este territorio, con devolución del apuntamiento remitido por la misma.—(Sentencia publicada el 5 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Agosto del mismo año.)

75

Competencia (5 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera*.—PAGO DE CANTIDAD.—Se decide á favor del Juzgado municipal del distrito de Buenavista de Madrid la suscitada con el de igual clase de Alagón sobre conocimiento del juicio verbal entablado por D. José Blasco contra Don Basilio Fierro, y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el núm. 1° del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer de los juicios en que se ejercitan acciones personales el del lugar en que debe cumplirse la obligación; y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiese hacerse el emplazamiento.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Marzo de 1883, en la competencia que ante Nos pende sostenida entre el Juez municipal del distrito de Buenavista de esta capital y el de Alagón acerca del conocimiento de la demanda deducida en juicio verbal por D. José Blasco contra D. Basilio Fierro sobre pago de 250 pesetas:

Resultando que en 28 de Febrero de 1882 D. José Blasco acudió al Juzgado municipal de Alagón demandando en juicio verbal á D. Basilio Fierro, vecino de esta corte, en reclamación de 250 pesetas procedentes de dos carros de alfalfa, tres arados de vertedera y una arrobadera, resto de mayor suma, como probaría con documento firmado por el Fierro y que presentaría en el acto del Juicio:

Resultando que señalado por el Jeez de Alagón día para la celebración del juicio, y librado oficio para la citación del D. Basilio Fierro, en esta corte, calle de Almagro, núm. 16, acudió al Juez municipal del distrito de Buenavista pretendiendo requiriese de inhibición al de Alagón, puesto que se trataba de una acción personal, y para ello era único competente el del domicilio del demandado, que no se había sometido expresa ni tácitamente al Juzgado de Alagón; y el referido Juez del distrito de Buenavista, después de oir al Fiscal municipal, y de conformidad con lo propuesto por el mismo, acordó el requerimiento de inhibición propuesto por Fierro, fundándose para ello en la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la acción entablada contra aquél es personal, y no consta que su cumplimiento deba realizarse en Alagón, si se ha justificado la sumisión tácita ó expresa:

Resultando que recibido por el Juez de Alagón el requerimiento de inhibición, lo comunicó á D. José Blasco, el que expuso que no estaba

conforme en que se inhibiese el Juzgado por las razones siguientes: primera, la finca por que se comprometió al pago de las 250 pesetas, ó utensilios equivalentes á esta cantidad, radica en término de aquella villa: segunda, en el año de 1876 Fierro residía en dicha villa; y tercera, que el recibo en el que se comprometía al pago estaba extendido en 2 de Noviembre de dicho año de 1876 en Alagón, cuyo documento obraba en poder de Blasco; y oído el Fiscal, dicho Juez municipal se negó á la inhibición requerida por el de esta corte, fundándose para ello en la regla 3ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque Fierro en 1876 en que firmó el pagaré que obra en poder del demandante, en cuya casa le hizo, era vecino de Alagón; que la deuda de los 250 pesetas no es contraída por préstamo de dinero y sí por pago de una finca que radica en término de aquella villa, y que por efecto de esta garantía la acción ejercitada es real y no personal:

Resultando que por haber insistido en la inhibición el Juez del distrito de Buenavista, uno y otro elevaron á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín María Lopez é Ibañez:

Considerando que según lo dispuesto en el núm. 1º del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer de los juicios en que se ejercitan acciones personales el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiese hacerse el emplazamiento:

Considerando que la acción que ha promovido D. José Blasco contra D. Basilio Fierro es personal; que no consta el lugar en donde deba cumplirse la obligación; y que no ha sido emplazado en Alagón, que es en donde ocurrió el contrato, por lo que es Juez competente el del distrito de Buenavista de esta corte por ser el del domicilio del demandado;

Se declara Juez competente para conocer del asunto de que se trata el municipal del distrito de Buenavista de esta corte, á quien se remitan todas las diligencias, poniéndose en conocimiento del de Alagon, el que deberá manifestar en el preciso término de seis días si D. Santiago Pradano ha hecho efectiva la multa que le impuso esta Sala, y en el caso de no ser así, las diligencias que para ello ha practicado.—(Sentencia publicada el 5 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 del mismo mes y año.)

76

Recurso de casación (5 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—Pago de costas.—No se admite el interpuesto por D. José Noguera con la razón social *Ronviere y Nogués* (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que no es sentencia definitiva, ni tiene el concepto de tal para los efectos del recurso de casación, el auto dictado en diligencias preparatorias de un juicio ejecutivo, que no es susceptible de recurso de casación por infracción de ley.

Resultando que la razón social *Ronviere y Nogués* solicitó y obtuvo embargo preventivo de los bienes de D. José Noguera, por la cantidad

importe de un pagaré, cuyas firmas solicitó después reconociera Noguera, para preparar la vía ejecutiva:

Resultando que en tal estado pidió que se alzara el embargo por haberle sido satisfecha la deuda, y que pedido por Noguera el abono de las costas y perjuicios, fué estimada su pretensión por el Juez:

Resultando que interpuesta apelación por la razón social Ronviere y Nogués, la Sala primera de lo civil revocó en 7 de Octubre del año último el auto apelado, y dejando sin efecto el embargo decretado, declaró que el actor no era responsable de daños y perjuicios algunos;

Y resultando que contra esta decisión ha interpuesto D. José Noguera y Olivera recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que el auto de 7 de Octubre próximo pasado ni es sentencia definitiva, ni tiene el concepto de tal para los efectos del recurso de casación, mediando además que ha sido dictado en diligencias preparatorias de un juicio ejecutivo, que no es susceptible de recurso de casación por infracción de ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. José Noguera y Olivera, á quien se condena en las costas: líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Sentencia publicada el 5 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

77

Recurso de casación (5 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—Tercería de dominio.—No se admite el interpuesto por Doña Josefa López García con D. José Alfonso Gómez Pellico (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que según dispone el art. 1698 *de la ley de Enjuiciamiento civil, el que intente interponer recurso de casación ha de depositar* 1.000 *pesetas, si las sentencias de primera y segunda instancia son conformes de toda conformidad, aunque varíen en lo relativo á la condena de costas; y el* 1718 *dispone que al escrito en que se interponga el recurso ha de acompañarse el documento que acredite haber hecho el depósito; sin cuyo requisito no es admisible.*

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta corte por Doña Josefa López García con D. José Alfonso Gómez Pellico y D. Juan Moreno Morales sobre tercería de dominio, dicho Juez dictó sentencia declarando no haber lugar con las costas, á la demanda de tercería deducida por la López García; y admitida la apelación que ésta interpuso, la Sala primera de lo civil de la Audiencia, por sentencia de 4 de Noviembre último, confirmó la del Juez, sin hacer especial condenación de costas de la primera ni de la segunda instancia:

Resultando que Doña Josefa López García interpuso ante este Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de ley, citando las que en su concepto lo habían sido; por un otrosí manifestó que no acompañaba el resguardo de la Caja de Depósitos porque las sentencias de primera y segunda instancia no eran conformes de toda conformidad; y oído el Sr. Fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso por

no haberse constituído por la recurrente el depósito prevenido por la ley:

Siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que según dispone el art. 1698 de la ley de Enjuiciamiento civil, el que intente interponer recurso de casación ha de depositar 1.000 pesetas, si las sentencias de primera y segunda instancia son conformes de toda conformidad, aunque varíen en lo relativo á la condena de costas; y el 1718 dispone que al escrito en que se interponga el recurso ha de acompañarse el documento que acredite haber hecho el depósito:

Considerando que en el caso presente las sentencias de primera y segunda instancia sólo difieren entre sí respecto de la condena de costas, y por tanto el recurrente ha debido hacer el depósito y acompañar al recurso el documento que lo justifique, sin cuyo requisito no puede ser admitido;

No ha lugar con las costas á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Josefa López García contra la sentencia dictada por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este territorio en 4 de Noviembre último, á la que se comunique esta resolución; y publíquese en la *Gaceta* é insértese en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada el 5 de Marzo, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

78

Recurso de casación (6 *de Marzo de* 1883) —*Sala primera.*— CUMPLIMIENTO DE LO CONVENIDO EN UN ACTO CONCILIATORIO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Fabiana Barranco con D. Francisco Patiño (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no se infringen las leyes 1ª, tit. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, 14, tit. 11, Partida 5ª, y 3ª, tit. 11, Partida 3ª por el fallo que deja á salvo los derechos que por aquellas leyes puedan estar amparados y de que las partes se crean asistidas para ejercitarlos en la forma correspondiente.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Febrero de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este territorio por D. Andrés Páramo, y por su fallecimiento su viuda Doña Fabiana Barranco, por sí y como representante legal de sus menores hijos, vecina de esta capital, representada por el Procurador D. Juan Ayras, bajo la dirección del Licenciado D. Marcial González de la Fuente, con D. Francisco Patiño Domínguez, que no se ha personado en este Tribunal Supremo sobre cumplimiento de lo convenido en un acto de conciliación:

Resultando que en 15 de Setiembre de 1879, D. Andrés Páramo demandó en acto de conciliación á D. Francisco Patiño Domínguez y Don Vicente Rodríguez de Rivera el pago de 10.320 reales: que los demandados reconocieron la deuda y se obligaron mancomunada y solidariamente á satisfacerla con 250 reales mensuales de sus sueldos, el primero como general de cuartel en esta plaza y el segundo como Teniente de Infantería, empezando la entrega desde la primera paga que se abonase, y consintiendo, caso de faltar á cualquiera de las entregas, que

por Juzgado competente se ordenara la retención de dichos sueldos y su entrega al acreedor hasta reintegrarle del crédito reclamado, en lo que estuvo conforme el demandante, produciéndose el convenio:

Resultando que D. Andrés Páramo, con certificado del acto conciliatorio, presentó escrito en 5 de Mayo de 1880 al Juez de primera instancia, pretendiendo se llevara á efecto lo convenido, á cuyo fin se oficiara á la Capitanía general del distrito para el descuento mensual del haber del general Patiño, en cantidad de 250 reales, y que se le entregase hasta reintegrarle de 9.360, resto que le adeudaba del crédito referido; lo que se estimó, librándose la oportuna comunicación en 7 del propio mes:

Resultando que el deudor Patiño presentó con escrito de 17 de Abril de 1882 un documento privado, firmado por D. Andrés Páramo en esta corte en 15 de Setiembre de 1879, en el que refiriéndose á la deuda de 10.320 reales, reconocida á su favor por aquél, declaró que siempre que se cumpliesen las condiciones de pago consignadas en el juicio celebrado en aquella fecha, tan pronto como hubiera satisfecho 5.160 reales le donaría el resto, dándole recibo por completo de quedar satisfecha la deuda sin que nada le quedara á deber, y acompañando también 24 recibos por D. Andrés y D. Angel Páramo, que acreditan pagos parciales de la cantidad mensual convenida por 5.260 reales, expuso en dicho escrito que había cumplido lo pactado con D. Andrés Páramo, puesto que ha satisfecho más de 5.160 reales que el documento privado expresa, y solicitó que se alzase el descuento que sufría en su haber para pago de la deuda:

Resultando que en 25 de dicho mes de Abril el Juez de primera instancia dictó providencia, en la que dispuso que sin perjuicio de lo acordado en la de 19 del mismo mes, se librase desde luego el oficio correspondiente al Habilitado de Oficiales generales para que suspendiera la entrega de cantidad del haber del Mariscal de Campo D. Francisco Patiño para pago del crédito de D. Andrés Páramo, y lo retuviera á disposición del Juzgado hasta que se resolviera sobre la pretensión de aquél, sin que se entregase otra cantidad alguna al acreedor por cuenta de la misma que tenía satisfecha por completo, y que D. Angel Páramo reconociera los recibos suscritos por él mismo y los de su difunto padre:

Resultando que comparecidos ante el Juzgado D. Angel Páramo, que manifestó ser de 20 años de edad, hijo del acreedor D. Andrés Páramo, y la viuda de éste Doña Fabiana Barranco, declaró aquél que todos los documentos que aparecían suscritos con el nombre de su difunto padre D. Andrés eran legítimos á su entender, y respecto á los autorizados con su firma los tenía y reconocía como de su puño y letra; haciendo constar que había cobrado las cantidades que expresan á cuenta del crédito, por orden de su padre, primero, y después, de la de su madre, representante de la testamentaría de aquél; y la Doña Fabiana dijo que no podía afirmar ni negar que fuesen legítimos dichos documentos:

Resultando que D. Gregorio Moreno Rodrigo, como apoderado de Doña Fabiana Barranco, viuda de D. Andrés Páramo y representante legal de sus hijos menores, herederos de éste, solicitó en 27 de Mayo que el Juzgado reformase por contrario imperio, ó como más hubiera lugar, la providencia de 25 de Abril, dejándola sin efecto, mandando se alzase la suspensión de entrega de cantidades retenidas del haber del

Patiño Domínguez, y que se le entregasen, así como las que se retengan en lo sucesivo hasta el reintegro de 5.320 rs., resto de la deuda, intereses pactados del 5 por 100 mensual y costas; y el Juez de primera instancia, por auto de 15 de Junio de 1882 tuvo por presentado por D. Gregorio Moreno Rodrigo, en la representación que ostenta, el escrito de 27 de Mayo en los autos de su referencia, con los documentos que al mismo acompañó y le habían sido devueltos; y declaró no haber lugar á la reforma que en el mismo se solicitaba, y teniendo por cumplido por D. Francisco Patiño Domínguez lo convenido en el acto de conciliación y modificado por el convenio privado, mandó se alzase la retención y descuento que en su haber sufre para pago de la deuda; entregándosele las cantidades retenidas, á cuyo fin se librará el oportuno oficio luego que este auto fuese ejecutorio, sin perjuicio de los derechos de que las partes se creyesen asistidas para que pudieran ejercitarlos en la forma correspondiente:

Resultando que Doña Fabiana Barranco interpuso apelación de la providencia y auto dictado; y remitidos los autos á la Superioridad y sustanciada la alzada, la Sala primera de lo civil de la Audiencia del distrito, por auto de 19 de Octubre de 1882 confirmó, con las costas de esta instancia á la parte apelante, la providencia de 25 de Abril y auto de 15 de Junio anteriores:

Resultando que por parte de Doña Fabiana Barranco y Herreros se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º La ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que da fuerza de ley á los contratos y manda se cumplan de cualquiera manera que aparezcan celebrados, porque la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta lo convenido entre D. Francisco Patiño y D. Andrés Páramo en los términos que resultan de los documentos obrantes en autos, infringiendo la ley del contrato, según la recopilada que se cita, y además la doctrina legal que la declara contenida en las sentencias de 24 de Noviembre y 13 de Diciembre de 1859:

2º La doctrina legal contenida en la sentencia de 19 de Junio de 1866, que establece que infringe la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación al fallo que resuelve contra lo estipulado en un convenio:

3º La ley 14, tít. 11, Partida 5ª, que dispone que la obligación de hacer ó dar contraída condicionalmente, no es exigible sino cuando se ha cumplido la obligación, y la sentencia recurrida impone á los herederos de D. Andrés Páramo una obligación que éstos no vienen obligados á cumplir por no haber cumplido por su parte D. Francisco Patiño la de pagar 250 rs. mensuales *sin faltar á una sola mensualidad*, que era condición esencial de lo convenido, de lo cual resulta la infracción citada:

4º Que toda vez que la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta la condición estipulada por los contratantes y que claramente resulta de los documentos obrantes en autos, ha infringido la doctrina legal consignada en la sentencia de 19 de Abril de 1859, que declara nula la sentencia que viola la ley del contrato y no da á las cláusulas y condiciones de éste el valor é inteligencia que les dieron los contratantes.

5º Que un documento privado no tiene autenticidad en juicio si no es reconocido por el que lo suscribe, ó en su defecto acreditándosela por cotejo ó probándosela por testigos que lo vieron suscribir, con arreglo á la ley 119, tít. 18, Partida 3ª, cuya ley ha sido infringida en

la sentencia recurrida, pues ha dado valor y eficacia al documento pribado de 15 de Octubre de 1879, que ni ha sido reconocido ni ha logrado autenticidad por ninguno de los medios que señala el derecho:

6° La ley 3ª, tít. 11, Partida 3ª, según la que sólo puede prestar juramento en juicio el mayor de 25 años que esté emancipado; pues la Sala sentenciadora toma en consideración el juramento prestado por D. Angel Páramo en perjuicio de sus intereses, siendo de 20 años de edad, y estando constituído en la potestad paterna:

7° Que al estimar reconocimiento de los recibos el hecho por el citado D. Angel Páramo, se ha infringido también la ley 1ª, tít. 13, Partida 3ª, según la cual la conoscencia no puede hacerse sino por el mayor de 25 años:

8° La doctrina legal consignada en la sentencia de 23 de Junio de 1855, conforme á la que procede el recurso de casación contra el fallo que interpreta mal ó viola un contrato con inexactos fundamentos, en el auto recurrido se considera la legitimidad del documento privado de 15 de Octubre de 1879, no se ha negado ni por la viuda ni por el hijo de D. Andrés Páramo que la suscribe, y si bien esto es cierto, también lo es que no la han afirmado, y por consiguiente, se parte de un supuesto erróneo para declarar aquella legitimidad, se considera además que los recibos presentados por el General Patiño han sido reconocidos, lo cual es también un supuesto equivocado, pues los recibos firmados por D. Andrés Páramo no han sido reconocidoa por éste; tal reconocimiento no tiene la eficacia que le concede la Sala sentenciadora, que por las razones expuestas han infringido la doctrina legal citada:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que el fallo no infringe las leyes y doctrina que la recurrente invoca, porque en él se dejan á salvo los derechos que por aquéllas puedan estar amparados y de que las partes se crean asistidas para ejercitarlos en la forma correspondiente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Fabiana Barranco, á la que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la corraspondiente certificación á la Audiencia de esta corte, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 6 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Agosto del mismo año.)

79

Recurso de casación (7 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por Doña Carolina Plandolit con D. José y D. Luis Plandolit (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que conforme á lo prevenido en el art. 184 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, *no debe otorgarse la defensa por pobre al litigante que la solicite cuando se infiera, á juicio del Juez ó Tribunal sentenciador, del número de criados que tenga á su servicio, del alquiler de la casa que habite, ó de otros cualesquiera signos exteriores, que tiene medios superiores al doble jornal de un bracero en cada localidad; á cuya disposición se hallan subordinadas las que contienen los artículos* 182

183 y 186 *de la misma ley, según la jurisprudencia sancionada por el Tribunal Supremo.*

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Marzo de 1883, en el incidente pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, promovido en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Carolina Plandolit, viuda de Plandolit, por sí y en representación de sus hijos, representada por el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Licenciado D. José María Tárrago, para que se le conceda el beneficio de litigar como pobre en la testametaría de D. Guillermo Plandolit y en cuyo incidente han sido parte D. José y D. Luis Plandolit y Parrella, representados por el Procurador D. Mariano Vivar, dirigido por el Licenciado D. José de Liñán y el Ministerio fiscal:

Resultando que pendiente de apelación en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona la pieza de administración de la testamentaría de D. Guillermo de Plandolit, promovió incidente Doña Carolina Plandolit, viuda de Plandolit, como legítima administradora de los bienes de sus siete hijos menores, para que se les otorgara el beneficio de litigar como pobre en atención á que por su edad y sexo se hallaban imposibilitados físicamente de ejercer industria ni profesión alguna y no tenía más rentas que los demás bienes que fueron de su difunto padre, sitos en el Valle de Andorra, y que producían 965 pesetas al año:

Resultando que D. José y D. Luis Plandolit impugnaron la concesión del beneficio de pobreza para los hijos de Doña Carolina, ya por su estado de fortuna, ya porque su madre era rica y tenía interés directo en la parte de la herencia que reclamaba en nombre de sus hijos por razón del usufructo que en la misma le correspondía:

Resultando que oido el Ministerio fiscal y recibido el incidente á prueba, Doña Carolina la suministró de testigos para justificar que sus hijos no ejercían industria ni profesión alguna: que ni éstos ni ella percibían los productos de los bienes radicados en España, procedentes de la herencia de D. Guillermo Plandolit, por hallarse intervenidos en la testamentaría promovida por los hijos de su primer matrimonio: que no poseían los siete hermanos más bienes que los adjudicados en Andorra, cuya renta era de 965 pesetas anuales; y que unidos dichos productos á los que percibían de las fincas arrendadas, no llegaría con mucho para cada uno de ellos á una cantidad equivalente al jornal de un bracero en la Seo de Urgel:

Resultando que también los hermanos D. Luis y D. José de Plandolit suministraron prueba de documentos y testigos para justificar que los hijos de Doña Carolina vivían con lujo, tenían tres criados y dos ayos, y habitaban en el verano una magnífica quinta dedicada á este objeto: que se les había puesto en posesión de varias fincas que producían una renta de 194 duros anuales, siendo además dueños de siete décimas partes de una casa y una fragua y de otras fincas, cuyo valor en junto era de 59.208 libras, 10 sueldos y ocho dineros, y además tenían en el Valle de Andorra minas de hierro de gran valor: que á Doña Carolina Plandolit se le habían adjudicado varias fincas en pago de su dote y aumento de ella por la cantidad de 30.000 libras: que Doña Carlota Pelati la instituyó heredera en unión de su hermana Concepción, disponiendo que además de la mitad de la herencia tuviera todos los créditos contra D. Guillermo Plandolit, que ascendían á 32.000 pese-

tas: que pagaba 605 pesetas 12 céntimos de contribución, poseyendo una casa en la calle de Botella, cuya renta excedía al doble jornal de un bracero; y que su hija doña Josefa había contraído matrimonio con un Capitán del Ejército:

Resultando que, por último, por vía de prueba se puso certificación para acreditar que el incidente promovido en dicha testamentaría por Doña Carolina Plandolit sobre alimentos de sus hijos, solicitó ésta el beneficio de pobreza para ellos, y que negado por la Audiencia en 24 de Mayo de 1880, se hallaba pendiente de recurso de casación:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en 14 de Marzo de 1881, denegando á Doña Carolina Plandolit la defensa por pobre solicitada en nombre de sus hijos, con imposición de costas y reintegro del papel; y que habiendo interpuesto el recurso de súplica, la misma Sala fallando en dicho grado declaró en 18 de Octubre de 1881 no haber lugar, con las costas, á suplir y enmendar la sentencia de 12 de Marzo anterior:

Resultando que Doña Carolina Plandolit interpuso recurso de casación por haber infringido á su juicio:

1° El art. 182 párrafo tercero de la ley de Enjuiciamiento civi promulgada en 1855, por haberse justificado que los citados hermanos no ejercían industria ni profesión alguna, y porque los prodnctos de los bienes que poseían no equivalía para cada uno de ellos al jornal de un bracero:

2° El art. 186 de la misma ley, según el cual cuando litigaren unidos varios que individualmente tengan derecho á ser defendidos por pobres, se les autorizará para litigar como tales aun cuando los productos reunidos de los modos de vivir de todos ellos exceda á los tipos que quedan señalados; puesto que si bien la suma de los haberes de los hermanos Plandolit excedía tal vez del jornal doble de un bracero en la ciudad en que residían, lo que correspondía á cada uno de los seis era notoriamente inferior á un simple jornal:

3° En cuanto se negaba el beneficio de pobreza á dichos hermanos porque su madre poseía bienes y rentas que excedían de los tipos señalados por la ley para obtenerlos, la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 22 de Diciembre de 1860, 30 de Setiembre de 1864, 14 de Diciembre de 1874 y 26 de Febrero de 1875, en el sentido de que el beneficio de la defensa por pobre es individual y personalísimo:

Y 4° Y en cuanto la sentencia, apreciando con error de hecho y de derecho las pruebas practicadas, estimaba que los hermanos Plandolit poseían rentas que excedían de los tipos señalados para gozar del beneficio de pobreza, la ley 12 Digesto *De testibus*, según la que bastan dos testigos para constituir prueba, y el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, según el que son eficaces en juicio los documentos públicos traídos á los autos con citación contraria ó cotejadas con sus matrices, puesto que por tales medios se probó que los hermanos Plandolit no contaban con recursos superiores á los que la ley establecía para gozar de dicho beneficio, cometiendo el error de hecho de suponer que las fincas á que respectivamente se referían los testigos de una y otra parte eran distintas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que conforme á lo prevenido en el art. 184 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, porque se rige este incidente, no debe

otorgarse la defensa por pobre al litigante que la solicite cuando se infiera, á juicio del Juez ó Tribunal sentenciador, del número de criados que tenga á su servicio, del alquiler de la casa que habite, ó de otros cualesquiera signos exteriores, que tiene medios superiores al doble jornal de un bracero en cada localidad, á cuya disposición se hallan subordinadas las que contienen los artículos 182, 183 y 186 de la misma ley, según la jurisprudencia sancionada por este Tribunal Supremo:

Considerando que en tal concepto, y habiéndose hecho aplicación del referido art. 184 en la sentencia recurrida, es indudable que ésta no infringe el 182 y 186, invocados en los dos primeros motivos; siendo además y por la misma razón inoportuna la cita que se hace de la doctrina legal y ley del Digesto á que se refieren los fundamentos 3° y 4°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Carolina Plandolit, por sí y en representación de sus hijos, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 7 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Agosto del mismo año.)

80

Recurso de casación (8 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—Mejor derecho á unos bienes.—No ha lugar al interpuesto por Doña Casilda Bañuelos y otros con D. Pedro González Ramirez (Audiencia de Madid), y se resuelve:

1° *Que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora y que á ella debe estarse mientras no se apruebe que con la misma se ha cometido error de derecho ó de hecho, fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador;*

Y 2° *Que no infringe las leyes* 2ª, *tít.* 15 *de la Partida* 2ª, 5ª, *tít.* 17, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación y doctrina del Tribunal Supremo que establece que es ilimitado el derecho de representación en los mayorazgos, la sentencia que no desconoce ni niega eficacia al derecho de representación para suceder en un mayorazgo, sino que apreciando las pruebas, en uso de sus facultades la Sala sentenciadora declara que el recurrente no ha probado los extremos de su demanda, sin que por su parte se haya alegado motivo que demuestre que en dicha apreciación se ha cometido error de derecho ó de hecho en el concepto antes indicado.*

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Marzo de 1883, en el pleito pediente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña Casilda, Doña Eulalia y Doña María Cruz Bañuelos, ésta representada por su madre Doña Juana Jametón, y en su nombre el Procurador D. Juan Antonio Asensio, bajo la dirección del Licenciado D. José María Peñuelas, con D. Pedro González Ramirez, como marido de Doña Micaela Sodupe y Anguiano, representados por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana y dirigida por el Licenciado Don Agustín Soto, sobre mejor derecho á unos bienes:

Resultando que el Bachiller D. Gaspar de Ibarra otorgó testamento en la villa de Briones á 30 de Octubre de 1620, en que dispuso la fundación de un vínculo de todos sus bienes, á cuya sucesión llamó en primer lugar á su sobrino D. Juan de Ibarra, que á la sazón residía en Méjico, y en su falta sus sucesores legítimos, hijos de legítimo matrimonio, el varón antes que la hembra y el mayor antes que el menor; para el caso de que el Licenciado D. Juan de Ibarra no tuviera sucesión legítima, ordenó que el vínculo pasase á los hijos legítimos de legítimo matrimonio de D. Lope de Ibarra, y para el caso de que no tuviese sucesión hizo otros llamamientos:

Resultando que el año de 1877 Doña Micaela Sedupe y Anguiano, como cesionaria de su madre Doña Lucía Anguiano y Vuzneta, promovió interdicto para adquirir la posesión de los bienes que pertenecieron al extinguido mayorazgo fundado pór el Bachiller Gaspar de Ibarra, que se hallaban proindiviso y que nadie poseia; y suministrada información testifical y presentadas diferentes partidas sacramentales para acreditar que Doña Lucía Anguiano era descendiente de Don Lope García Ibarra, se otorgó á Micaela Sodupe por auto de 5 de Mayo de dicho año, sin perjuicio de tercero, como cesionaria de su madre, la posesión de los bienes del mayorazgo, y habiéndosele dado y publicado por edictos sin que nadie se opusiera, fué amparada en ella por auto de 23 de Setiembre del citado año:

Resultando que Doña María de la Cruz, Doña Casilda y Doña Eulalia Bañuelos dedujeron en 25 de Enero de 1879 la demanda objeto de este pleito, que dirigieron contra D. Pedro González Ramírez, como marido de Doña Micaela Sodupe, para que se las declarase legítimas sucesoras de los bienes vinculados por el Bachiller D. Gaspar de Ibarra, como comprendidas dentro de los llamamientos generales que hizo en el testamento, estableciendo al efecto como hechos que el primer llamamiento del citado fundador era á su sobrino el Licenciado D. Lope de Ibarra y á sus sucesores legítimos de legítimo matrimonio; y que las demandantes eran las sucesoras directas legítimas de legítimo matrimonio del referido Licenciado, y como fundamentos de derecho que la sucesión era perpetua en todas las líneas habiendo llamamiento general: que contra los bienes del mayorazgo sólo tenía lugar la posesión inmemorial, y que la proximidad del parentesco se entendía respecto al último poseedor:

Resultando que el demandado impugnó la demanda sosteniendo que el primer llamado había sido el Licenciado D. Juan de Ibarra y sus descendientes, habiéndolo sido en segundo lugar D. Lope de Ibarra: que la genealogía que presentaban las demandantes no se probaba con las correspondientes partidas sacramentales, y por consiguiente era apócrifa é imaginaria, ni tampoco fijaban la parte de dichos bienes á que se creían con derecho cada una de las demandantes: que la sucesión en los vínculos regulares era perpetua en todas las líneas cuando había llamamiento general, pero debía tenerse en cuenta los efectos de la ley de desvinculación, que extinguiendo las acciones vinculares y restituyendo á la clase de libres los bienes vinculados á los 30 años de restablecida la ley de 11 Octubre de 1820, había prescripto la acción para reclamar la propiedad de dichos bienes; y que no probando las demandantes su derecho á la posesión del vínculo, tampoco lo probaban á los bienes que constituyen su dotación:

Resultando que las demandantes replicaron que del primer llamado

Juan García Ibarra no existían descendientes ni nunca habían hecho reclamación alguna, y que descendían del segundo, llamado D. Lope de Ibarra, siendo segundas nietas de D. Melchor Bañuelos y Jimeno, que fué mayor que su hermano D. Bernardo, de quien descendía la demandada:

Resultando que suministrada prueba por los demandantes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que fué confirmada, con las costas, por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte en 12 de Junio de 1882, absolviendo á la demandada de la demanda:

Resultando que las demandantes interpusieron contra esta sentencia recurso de casación porhaberse infringido á su juicio:

1° La ley 2ª, tít. 15 de la Partida 2ª, que no se había tenido en cuenta al fallar el pleito, desconociendo el derecho de los recurrentes, descendientes del hijo mayor de D. Bernardo Bañuelos, abuelo común de las partes litigantes, según se acreditaba con las partidas:

2° La ley 5ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación y la 40 de las aclaratorias de Toro, segú las cuales en la sucesión del mayorazgo, aunque muera el hijo mayor, si deja hijos ó nietos son preferidos al hijo segundo del tenedor del mayorazgo ó de aquél á quien perteneciera;

Y 3° Las sentencias de este Supremo Tribunal de 1° de Marzo de 1862 y 13 de Abril de 1863, que consignan la doctrina de que es ilimitado el derecho de representación en los mayorazgos:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora y que á ella debe estarse mientras no se pruebe que con la misma se ha cometido error de derecho ó de hecho, fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrina que se invocan en los tres motivos del recurso, porque no desconoce ni niega eficacia al derecho de representación para suceder en el mayorazgo fundado por D. Gaspar de Ibarra, sino que apreciando las pruebas, en uso de sus facultades la Sala sentenciadora ha declararado que el recurrente no ha probado los extremos de su demanda, sin que por su parte se haya alegado motivo que demuestre que en dicha apreciación se ha cometido error de derecho ó de hecho en el concepto antes indicado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Casilda, Doña Eulalia y Doña María Cruz Bañuelos, ésta representada por su madre Doña Juana Jametón, á quienes condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que pagarán si viniesen á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 8 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.

81

Recurso de casación (8 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—DECLARACIÓN DE QUIEBRA.—No ha lugar al interpuesto por D. José Boti con la razón social *Carriazo y Boti* (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que según prescribe el art. 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil, de acuerdo con lo que determina el 1016 del Código de Comercio, la declaración formal del estado de quiebra podrá solicitarlo el mismo quebrado ó cualquier acreedor legítimo cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles; y con arreglo al 1324 de la misma ley, la exposición del comerciaute que se manifieste en quiebra ha de presentarse arreglada y documentada conforme á las disposiciones de los artículos 1017 y siguientes hasta el 1022 de dicho Código de Comercio, sin que de otro modo surta efecto alguno legal ni aun pueda dársela curso;*

Y 2º Que no son atendibles las infracciones que se refieren á una parte del razonamiento que contienen los considerandos del fallo, lo cual no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Marzo de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. José Boti Massiá, fabricante de paños, vecino de Alcoy, representado por el Procurador D. Antonio Arana y Morayta, bajo la dirección del Licenciado D. José Ruiz de Quevedo, con D. Jenaro Carriazo, Director gerente de la razón social *Carriazo y Boti*, el cual no ha comparecido ante este Tribunal Supremo, sobre declaración de quiebra de dicha Sociedad:

Resultando que el 18 de Enero de 1873, D. José Boti y D. Jenaro Carriazo otorgaron escritura pública de constitución de una Compañía regular colectiva, bajo la razón social de Carriazo y Boti, con destino á la compra y venta de paños, tejidos y otros cualquiera artículos y bienes á la realización de créditos de toda especie, fijando su residencia en esta corte y su duración hasta el 20 de Mayo de 1880, cuya escritura fué inscrita en el correspondiente Registro de las de comercio del Gobierno civil de la provincia el 18 de Febrero siguiente; y en 30 de Abril del referido año, D. Francisco Soladrero y los expresados Carriazo y Boti otorgaron otra escritura con igual objeto, modificando la anterior bajo nuevas bases, estableciéndose en la duodécima que Carriazo usaría la firma social y Soladreró tendría también el carácter de apoderado y mandatario con facultad para suscribir toda clase de documentos á nombre de la Compañía; no constando que esta escritura haya sido inscrita en el correspondiente Registro:

Resultando que á solicitud de D. José Boti se acordó por el Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista en auto de 17 de Noviembre de 1874 la intervención del almacén de la Compañía, nombrándose para este cargo á D. Manuel Travieso; y que requerido en su virtud D. Jenaro Carriazo, manifestó que no existia el almacén porque los géneros que contenía se entregaron á los fabricantes; que los muebles se encontraban en la habitación del ebanísta Tapia, y los libros, papeles y demás documentos en poder de D. José Baral y Baza:

Resultando que D. José Boti presentó escrito en 22 de Mayo de 1877, solicitando que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1027 del Código de Comercio se ocupasen los bienes de D. Jenaro Carriazo y se procediera contra éste criminalmente: que por auto de 6 de Junio de 1877 se negó la primera pretensión, acordándose en cuanto á la segunda que acudiese el interesado á usar de su derecho donde correspondiera; y que pedida reposición del mismo, por otro de 2 de Agosto del mismo año se declaró no haber lugar á ella respecto del primer extremo, y en

cuanto al segundo que pudiendo revestir los actos ejecutados por el Carriazo el carácter de justiciables, se formase ramo separado, con testimonio de varias diligencias designadas por el Boti y las demás que señalase el Juzgado, y se diera cuenta del mismo:

Resultando que D. Jenaro Carriazo pretendió que habiéndosele notificado el auto de 2 de Agosto sin haberse dado antes vista de lo actuado y pretensiones de Boti, se le comunicase el expediente para exponer lo que conviniera á su derecho sobre el referido auto, y que entre tanto se suspendieran sus efectos, ó de lo contrario y no haber lugar á la reforma en cuanto al extremo de la formación de causa se le admitiera libremente la apelación:

Resultando que á continuación se halla un auto de..... Diciembre de 1877 y en blanco el espacio que debiera ocupar el día de la fecha, por el que se declaraba en estado de quiebra á la Sociedad de Carriazo y Boti, con acuerdo de las demás disposiciones que le eran consiguientes, entre ellas, lo del arresto del Carriazo en la cárcel pública, ó su casa si diera fianza de cárcel segura; y que este auto autorizado con la firma del Juez y del acturio D. Joaquín Carretero, no fué notificado á las partes, hallándose á continuación y como para la notificación de Boti la firma en blanco de su Procurador D. Antonio Arana y Morayta:

Resultando que en tal estado permanecieron paralizados los autos hasta 1881 en que promovió su continuación D. José Boti, en cuya virtud después de varias actuaciones se admitieron en ambos efectos las apelaciones interpuestas del auto de 2 de Agosto de 1877 por Don José Boti y D. Jenaro Carriazo; y remitidos los autos á la Audiencia, sustanciada la alzada, la Sala primera de lo civil por auto de 18 do Octubre de 1882 confirmó el de 2 de Agosto de 1877 en los extremos apelados de no haber lugar á la declaración del estado de quiebra de la Compañía de Carriazo y Boti, y de que se saque testimonio para acordar lo procedente en cuanto á los autos ejecutados por Carriazo como Gerente de dicha Compañía:

Resultando que D. José Boti interpuso recurso de casación por infraccion de ley, por haberlo sido en su concepto:

1° Los artículos 1° y 17 del Código de Comercio al hacerse de ellos la aplicación que se hace, toda vez que en el presente caso no se trata ni es por tanto aplicable la doctrina allí consignada de una determinada persona ó individualidad acerca de la cual se discuta si es ó no comerciante; se discute y examina si la Sociedad Carriazo y Boti es ó no mercantil, y el auto origen de este recurso ha hecho indebida aplicación de los citados artículos:

2° Los artículos 264, 265, núm. 1° del Código de Comercio, y que establecen cuándo una Compañía, cuándo un contrato de Sociedad es mercantil, detallando cuántas de estas Sociedades admite el Código; y á dichos artículos debió acudirse por la Sala sentenciadora para determinar si la Sociedad regular colectiva Carriazo y Boti, constituída por escritura publica de 30 de Abril de 1873, era ó no mercantil y debia en su consecuencia someterse á las prescripciones del Código de Comercio ó del derecho común:

3° El art. 28 con relación al 292 del Código de Comercio, porque según dicho artículo, si una Sociedad ó Compañía mercantil no se lleva al Registro, los socios que esta omisión hayan padecido quedarán privados de acción entre sí para demandar los derechos que en ella les

hubieran sido reconocidos; pero no dice ni remota ni aproximadamente una Sociedad que tenga por objeto el dedicarse á operaciones de comercio, que se llama y es regular colectiva, que se contrajo por escritura pública con cuantos requisitos marca la ley, dejara de ser mercantil por el mero hecho de no haberse llevado al Registro de Comercio: que la sancion penal de dicho artículo tiene una esfera limitada y privada para dentro de la misma Sociedad, cuyo carácter exterior y condiciones intrínsecas en nada varían por la referida omisión, de modo que los derechos de terceros contratantes en la Sociedad mercantil en nada varían y siguen siendo eficaces:

4º Los artículos 1001 y 1002, clase 5ª, porque si la Sociedad regular colectiva Carriazo Boti es mercantil y continúa siéndolo, es evidente que resultando que se ha alzado, cerrando y abandonando los almacenes y fugándose el Gerente y Administrador de ella y la intervención intentada ha resultado inútil, la Sociedad se hallaba en estado de quiebra de la clase 5ª del art. 1002, y así ha debido declararlo la sentencia.

5º El art. 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil, armónico y en consonancia con el 1016 y 1017 del Código de Comercio, al desconocer la Sala sentenciadora y negar á D. José Boti el derecho y el deber de presentarse al Juzgado, solicitando la declaración de quiebra de la Compañía, en la que es, no interesado como se expresa, sino socio de una Compañía mercantil regular colectiva; siendo así que según el citado artículo la declaración formal de estado de quiebra puede solicitarla el mismo quebrado:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que según prescribe el art. 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil, de acuerdo con lo determinado en el 1016 del Código de Comercio, la declaración formal del estado de quiebra podrá solicitarla el mismo quebrado ó cualquier acreedor legítimo cuyo derecho de obligaciones mercantiles, y con arreglo al 1324 de la misma ley, la exposición del comerciante que se manifieste en quiebra ha de presentarse arreglada y documentada conforme á las disposiciones de los artículos 1017 y siguientes hasta el 1022 de dicho Código de Comercio, sin que de otro modo surta efecto alguno legal ni aun pueda dársela curso:

Considerando que D. Jose Boti Massiá al solicitar la declaración del estado de quiebra de la Compañía de que era socio colectivo, constituida por escritura de 30 de Abril de 1873 bajo la razón social de Carriazo y Boti, no cumplió con los requisitos marcados en los citados artículos del Código de Comercio y la ley de Enjuiciamiento, ni podía hacerlo tampoco en razón á que las circunstancias en que se hallaba dicha Sociedad no convenían á las que exigen las referidas disposiciones, toda vez que no consta hubiera cesación en el pago de acreedores sino únicamente el perjuicio que podría resultar á un socio con motivo de la fuga y alzamiento del que desempeñaba el cargo de Gerente, lo que da lugar al ejercicio de otras acciones:

Considerando, en su consecuencia, que al desestimar el auto recurrido la expresada solicitud de declaración de quiebra, lejos de infringir el art, 1323 de la ley de Enjuiciamiento civil y sus concordantes 1016 y 1017 del Código de Comercio, invocado en el último lugar del recurso, se ha atenido á ellos estrictamente, no siendo tampoco atendibles las demás infracciones alegadas por referirse á una parte del razonamiento que contienen los considerandos de dicho auto, lo cual no

puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado reiteradamente este Tribunal Supremo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Boti, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución del apuntamiento. —(Sentencia publicada el 8 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Agosto del mismo año.)

82

Recurso de casación (9 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*— TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—No ha lugar al interpuesto por Doña María Jofré Buxeda con los Procuradores de herencia de las parroquias de Nuestra Señora del Pino y San Jaime de Barcelona (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que no infringe la voluntad del testador la sentencia que se ajusta extrictamente á lo dispuesto por ella.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Marzo de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de la ciudad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por los Procuradores de herencia de las parroquias de Nuestra Señora del Pino y de San Jaime de dicha ciudad con Doña María Jofré y Bouxeda, vecina de Sáns, y con los estrados en ausencia y rebeldía de D. Gregorio Ubach y de sus herederos, sobre tercería de mejor derecho; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña María Jofré, y en su defensa y representación por el Licenciado D. José García Goñi y el Procurador D. Antonio Mínguez de la Puente; habiendo sido defendidos y representados los Procuradores de herencias de las indicadas parroquias por el Licenciado D. Modesto Llorens y el Procurador D. José Arana y Morayta:

Resultando que D. José Félix Abella y Navarro otorgó testamento en 10 de Setiembre de 1850, en el que nombró albaceas al Procurador de herencias de la parroquia del Pino de Barcelona y al más antiguo de la de San Jaime en unión de otros varios, y dispuso, entre otros particulares, que nombraba usufructuario de la mitad de los bienes antes vinculados que le correspondían á su sobrino D. Gregorio Ubach y herederos de la misma mitad á los hijos de éste, en el modo y forma en que sucedieran á su padre, bajo las condiciones siguientes: que deberían estar en todo y por todo á lo declarado en ciertas sentencias arbitrales que señaló, entendiéndose comprendida sólo en esta disposición la mitad do los bienes que fueron declarados vinculados en dichas sentencias y no los que se estimaron como libres: que D. Gregorio y sus hijos, en la calidad de herederos usufructuarios y propietarios, deberían entregar á los dos albaceas antes nombrados y á otro de los designados en el testamento, no sólo la cantidad á que ascendiera según las cartas de pago y recibos que les manifestarían lo que había invertido en cada una de las fincas del patrimonio Navarro para conservarlas y mejorarlas, sino además 6.193 libras, tres sueldos que los árbitros de su hermano y suyos le señalaron para poder disponer sobre los bienes entonces vinculados de casa Navarro, y deberían también luir ó asumirse el censal de 3.500 libras que había tomado en unión de su hermano

para mejorar la casa sita en la calle de la Boquería y Rambla, debiendo rebajarse el importe de dicho censal del capital que tuviera que satisfacer D. Gregorio por las mejoras; y que mientras no se entregase á dichos albaceas la cantidad que acreditasen por todos los conceptos expresados, era su voluntad que cobrasen anualmente el interés del 3 por 100 de toda aquella suma sin rebaja alguna por contribuciones ni por otro motivo, no pudiendo el heredero usufructuario D. Gregorio, y en su caso los propietarios oponerse de modo alguno á que dichos albaceas intimasen á uno ó más rédituarios del patrimonio que les dejaba para que les pagasen dicho interés, con lo cual podrían aquellos herederos cobrar lo que restase, y siendo su voluntad que los albaceas cobrasen anualmente el interés legal susodicho hasta que hubiesen percibido todo el capital á fin de que no sufriesen quebrantos para encontrarlos:

Resultando que en escritura pública de 25 de Marzo de 1871 confesó D. Gregorio Ubach ser en deber á Doña María Jofré 19.000 duros, obligando á la seguridad de dicho crédito todos sus bienes, especialmente los derechos que tenía sobre el manso Valls, en virtud de cuya escritura y para el pago de dicha suma é intereses vencidos procedió Doña María Jofré ejecutivamente contra Ubach; y despachada la ejecución, por auto de 28 de Enero de 1873 fueron embargados diferentes bienes, entre otros los derechos que el deudor tenía sobre la casa de la Boquería:

Resultando que en 10 de Febrero de 1876 los Procuradores de herencias de las parroquias de San Jaime y del Pino de Barcelona dedujeron la actual demanda en la que solicitaron en ejercicio de la acción mixta que se declarase que el crédito de 21.886 pesetas con 12 céntimos que les correspondía en virtud de las disposiciones testamentarias de D. José Félix Abella, en unión de los intereses al 3 por 100 de dicha cantidad desde 27 de Agosto del año anterior en que había fallecido, la viuda de Abella debía gozar preferencia para su cobro al de Doña María Jofré, alegando al efecto que desde 29 de Enero de 1852 en que fué registrado en el Oficio de hipotecas el testamento de Abella, se sabía el gravamen que pesaría sobre D. Gregorio Ubach el día en que entrase en posesión de los bienes que le fueron dejados en dicho testamento, por lo que tenían los demandantes un derecho hipotecario antiguo y preferente, en virtud del cual D. Gregorio Ubach, heredero en los bienes que fueron vinculados, debía pagarles la cantidad que demandaban con preferencia á cualquiera otra deuda que hubiera contraído:

Resultando que conferido traslado á Doña María Jofré y á D. Gregorio Ubach, le fué acusada á éste la rebeldía y se le señalaron los estrados por su no comparecencia, y contestó aquélla la demanda, oponiendo la excepción *sine actione agis* en cuanto á las rentas embargadas y pidiendo que se le absolviera de ella, con imposición de costas á los demandantes, en apoyo de lo cual alegó que el testador dispuso sólo que para cobrar los intereses pudieran los albaceas demandantes intimar á uno ó más inquilinos que les pagaran los alquileres, quedando los demás á favor del usufructuario: que de esto se deducía que para que los terceros opositores tuviesen la preferencia que demandaban respecto á las rentas, era necesario un requerimiento previo á los inquilinos, lo que no habían verificado, y aun en este caso no podrían cobrar más réditos que los anuales, pues así lo quería el testador al decir que se cobrasen los réditos anualmente con objeto de que no sufrie-

ran quebranto: que la falta de dicho requerimiento, que era en todo caso lo que hubiera dado derecho á los opositores para cobrar en primer término las rentas anuales, implicaba el que éstas hubiesen quedado á disposición del primer embargante por cualquier crédito que tuviese; y que habiéndose trabado embargo en bienes libres, nadie podía disputar la preferencia de créditos sobre las rentas que no estaban afectas á ninguno:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia revocatoria la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 19 de Mayo próximo pasado, mandando que de los bienes embargados á D. Gregorio Ubach se paguen en primero y preferente lugar á los Procuradores de herencias de las parroquias de San Jaime y del Pino de aquella ciudad las 21.886 pesetas con 12 céntimos que han demandado y los intereses correspondientes á razón del 8 por 100 anual desde 27 de Agosto de 1875 hasta que se verifique el pago:

Resultando que Doña María Jofré y Buxeda interpuso recurso de casación por considerar infringida en dicha sentencia la doctrina legal reconocida por este Tribunal Supremo en sentencias de 20 de Diciembre de 1866 y 6 de Noviembre de 1867, que establece que la voluntad del testador es la primera ley á que hay que atenerse tratándose de las últimas voluntades, en el concepto de que al declarar el preferente derecho de los demandantes por la hipoteca que se hace pesar sobre los bienes vinculados, extendiéndolo hasta las rentas que producían y que correspondían á D. Gregorio Ubach, como usufructuario de la herencia, se impone un gravamen que no solamente no impuso el testador, sino que expresamente manifestó su voluntad de que no existiera:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que la sentencia recurrida al calificar de crédito hipotecario de preferencia al escriturario no sólo el capital asegurado en la hipoteca, en lo que conviene el recurrente, sino también los réditos, lejos de infringir la doctrina legal invocada por aquél como único motivo de casación de que la voluntad del testador es ley, la observa puntualmente, puesto que la indicada disposición testamentaria ordena que los réditos se cobren anualmente aun antes de realizarse el capital, con facultad en los acreedores de percibir de los arrendatarios de los bienes las rentas necesarias;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña María Jofré Buxeda, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 9 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.)

83

Competencia (10 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—ENTREGA DE BIENES.—Se decide á favor del Juzgado municipal de Aldealabad la suscitada con el de igual clase de Horcajo Medianero con motivo del conocimiento del acto de conciliación promovido por Francisco Hernández contra Policarpo Mayoral, y se resuelve:

1° *Que según lo dispuesto en el art.* 463 *de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, los Jueces municipales del domicilio, y en su defecto los*

de la residencia del demandado, son los únicos competentes para autorizar los actos de conciliación que ante ellos se promuevan, en los casos en que con arreglo á derecho corresponda celebrarlos;

Y 2° Que reducido el hecho á los límites de haberse intentado celebrar un acto conciliatorio para la reclamación de bienes que no se determinan, sin que exista, por tanto, ni una demanda formulada ni un juicio ó pleito entablado todavía, es tan sólo aplicable la disposición del artículo citado y no el 56 y siguientes, y entre estos el 62 de la misma ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Marzo de 1883, en la competencia que ante Nos pende suscitada entre los Jueces municipales de Aldealabad y Horcajo Medianero acerca del conocimiento acto de conciliación promovido por Francisco Hernández Valverde y otros contra contra Policarpo Mayoral sobre entrega de bienes:

Resultando que en 2 de Setiembre de 1882 Francisco Hernández Valverde y otras acudieron al Juzgado municipal de Horcajo Medianero demandando á acto de conciliación á Policarpo Mayoral, vecino de Al de Aldealabad, para que como heredero de su difunto tío Isidoro Valverde, vecino que fue de aquel pueblo, les entregase los bienes que obraban en su poder de la pertenencia de su mencionado tío; y dirigido oficio para la citación del demandado pidió al Juez de Aldealabad, como de su domicilio, que requiriese de inhibición al de Horcajo Medianero, como así lo verificó, fundándose en que según el art. 463 de la ley de Enjuiciamiento civil cualquiera que sea la acción que se trate de ejercitar, será Juez competente y como único para autorizar los actos conciliatorios el del domicilio, y en su defecto el de la residencia del demandado:

Resultando que el Juez municipal de Horcajo Medianero, después de oir á los demandantes y al Fiscal se negó á la inhibición requerida, teniendo en consideración que según la regla 3ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil en los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles será Juez competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa:

Resultando que por haber insistido el Juez de Aldealabad en el requerimiento de inhibición, uno y otro elevaron á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que, según lo dispuesto en el art. 463 de la ley de Enjuicuiciamiento civil vigente, los Jueces municipales del domicilio, y en su defecto los de la residencia del demandado, son los únicos competentes para autorizar los actos de conciliación que ante ellos se pronunciaban, en los casos en que con arreglo á derecho corresponda celebrarlos:

Considerando que reducido el hecho, que ha dado origen á la competencia pendiente, á los límites de haberse intentado celebrar un acto conciliatorio para la reclamación de bienes que no se determinan, sin que exista, por tanto, ni una demanda formulada ni un juicio ó pleito entablado todavía, es tan sólo aplicable la disposición del artículo citado y no el 56 y siguientes, y entre éstos el 62 de la misma ley de Enjuiciamiento civil, y en su virtud el Juez competente es el municipal de Aldealabad, come del domicilio del demandado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento

del acto de conciliación de que se trata corresponde al Juez municipal de Aldealabad, al que se remitan todas las actuaciones para que proceda con arreglo á derecho; póngase esta resolución en conocimiento del Juez municipal de Horcajo Medianero.—(Sentencia publicada el 10 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Mayo del mismo año.)

84

Recurso de casación (12 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—RECLAMACIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS.—No ha lugar al interpuesto por D. Joaquín Codina con Doña Ramona Codina (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que si bien lo expreso y tácito tienen muchas veces la misma fuerza y significación, ha podido la ley prescribir que en casos determinados se revele el pensamiento del primer modo y no otramento, *como lo hace la Constitución única, tít.* 6°, *libro* 6°, *volúmen* 1° *de las de Cataluña, para asegurar así más y más la voluntad de los testadores y evitar deducciones que se prestan á diversos pareceres y á contiendas judiciales.*

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Marzo de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Cervera y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Ramona Codina y Canut, representada por el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, bajo la dirección en el acto de la vista del Doctor D. Manuel Durán y Bas, con D. Joaquín Codina y Canut, y en su nombre el Procurador D. Antonio Minguez de la Puente, dirigido por el Licenciado Don Francisco Pí y Margall, sobre reclamación de derechos hereditarios:

Resultando que Doña Teresa Codina y Canut, viuda de D. José Francisco Codina, otorgó testamento en la villa de Tárrega á 5 de Octubre de 1860, haciendo uso de la facultad concedida por su difunto marido en su testamento de 26 de Julio de 1833, y por las razones que consignó aumento hasta la cantidad de 9.000 libras catalanas el legado de 6.000 hecho por aquél en pago de sus derechos paternos á sus hijos Cayetano y Felipe, y aumentó también hasta la misma cantidad el de 7.000 y las ropas correspondientes hecho á su hija Raimunda, habiendo ya señalado igual cantidad, movida de las mismas consideraciones, á sus hijos Joaquín, Ramón y Josefa con motivo de haberse colocado en matrimonio, no pudiendo con este aumento reclamar cosa alguna más por razón de sus derechos paternos é intestado de su difunto hermano José Francisco. Legó asimismo á cada uno de sus citados hijos é hijas 1.000 libras catalanas de que podrían disponer libremente en pago de su respectiva legítima materna y de cualesquiera otros derechos que les compitieran sobre sus bienes, ordenando otras disposiciones relativas al pago de la pensión señalada por su difunto marido; y de todos los otros bienes suyos, presentes y futuros y los de su marido D. José Francisco Codina, usando respecto de éstos de la facultad que en su testamento la concedió para elegir heredero de los mismos á aquel de los hijos comunes á entrambos que tuviera por conveniente, según las instrucciones que la comunicó; siguiendo estas instrucciones instituyó heredero suyo universal y de los bienes de su difunto marido á su hijo Felipe Codina, y si no lo fuese por no poder ó no querer, ó siéndolo muriese sin hijos, ó con tales ninguno de los que llegara á

edad de testar, pudiera únicamente disponer de la cantidad de 9.000 libras, sustituyéndole en tales casos á Joaquín Codina, y que viniendo respecto de éste cualquiera de los casos prevenidos en la institución de Felipe, pasara la herencia con las mismas condiciones á sus hijos Ramón, Josefa, Raimunda y Cayetano, el uno después del otro, por el orden con que los acababa de nombrar, pudiendo el último disponer libremente:

Resultando que ocurrido en 25 de Enero de 1861 el fallecimiento de Doña Teresa Canut, su hijo y heredero D. Felipe Codina formalizó en 17 de Febrero siguiente el inventario de los bienes propios de la misma y de los de la casa de Codina, habiendo consignado en escrituras de retroventa de fincas y reducción de censales en 12 de Diciembre de 1865, 1º de Abril de 1868 y 28 de Enero de 1875 que era heredero universal de los bienes y derechos de sus difuntos padres, pero con la condición de que si moría sin hijos sólo podría disponer de la cantidad de 9.000 libras, teniendo que pasar lo demás á su hermano D. Joaquín:

Resultando que D. Felipe Codina falleció sin sucesión en 28 de Junio de 1878, con testamento otorgado en 25 del mismo mes, en el que instituyó heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones, por cualquier título, causa ó razón que le correspondiesen, así como de los frutos de cualquiera especie y demás que le perteneciera, á su hermana Doña Ramona Codina y Canut para que pudiera disfrutar y disponer de ellos á su libre voluntad:

Resultando que D. Joaquín Codina, hermano y heredero sustituto de D. Felipe, se incautó al fallecimiento de éste, previo inventario, de los bienes que integraban las herencias de los padres de ambos, y en 15 de Noviembre del mencionado año 1878 dedujo contra él Doña Ramona Codina en el indicado concepto de heredero universal de sus referidos padres, la demanda objeto de este pleito, á fin de que como heredera que á su vez era de su otro hermano D. Felipe, instituído en primer lugar antes que el primero le entregase la cuarta parte de todos los bienes, derechos y acciones que dejara D. José Francisco Codina, con los frutos percibidos y podidos percibir desde que entró en posesión de la herencia, á que le pagase ciertas pensiones indebidamente percibidas y le abonase difentes cantidades por derechos de legítima paterna y materna, le devolviese unas caballerías y efectos ó su valor, le abonase el importe de ciertos trabajos agrícolas y de mejoras útiles y necesarias realizadas en los bienes, rindiese cuentas del importe de lo percibido como usufructuario de dichos patrimonios, le pagase el saldo de cierta liquidación practicada por ambos hermanos y le pagara la última anualidad del arrendamiento de cierto patrimonio:

Resultando que respecto de la primera de las pretensiones contenida en la demanda, única que es objeto del actual recurso, expuso la demandante después de hacer mérito del testamento de su madre, que al fallecimiento sin hijos del primer heredero nombrado D. Felipe, que dejó á la demandante por su heredera, y antes de que se liquidara la herencia se incautó el demandado de la misma, y que á D. Felipe le correspondía detraer la cuarta trebeliánica, mediante la restitución que se le había impuesto:

Resultando que D. Joaquín Codina impugnó la demanda, reconviniendo á su vez á la demandante para que dejase á su disposición una oficina ó local donde se hallaba una máquina de destilar aguardiente, y sobre otros extremos sosteniendo que la demandante carecía de de-

recho para deducir la cuarta parte de los bienes, derechos y acciones de la herencia de D. José Francisco Codina, y alegando para ello que fué prevención terminante de la testadora que si moría D. Felipe sin sucesión únicamente podía disponer de 9.000 libras: que esta condición podía considerarse tradicional en la familia de Codina, pues no solamente la impuso su padre en su testamento, sino que el abuelo al casarse su hijo le hizo donación y heredamiento universal mediante la misma condición: que D. Felipe Codina, heredero directamente interesado en este asunto, conociendo perfectamente la voluntad de sus padres y no queriendo apartarse de ella, había reconocido y declarado en los documentos públicos que había otorgado que su derecho estaba limitado y reducido, para el caso de fallecer sin sucesión, á poder disponer únicamente de la suma de 9.000 libras catalanas, equivalentes á 24.000 pesetas:

Resultando que la demandante sostuvo al replicar la procedencia del abono de la cuarta treveliánica que reclamaba como correspondiente á su hermano D. Felipe, heredero fiduciario nombrado por la madre común Doña Teresa Canut, porque al establecer ésta que D. Felipe pudiese disponer únicamente de 9.000 libras, no hizo más que señalarle la misma cantidad que por legítima paterna asignó á sus demás hijos, con cuyo señalamiento de todo punto indispensable, ya que aumentaba el tipo establecido por el padre, no hacía tampoco más que indicar, para evitar ulteriores cuestiones, que el propio D. Felipe llegado el caso quedaba equiparado á aquéllos; pero no podía deducirse de ello que D. Felipe quedase privado de detraer la cuarta treveliánica, ni tampoco del contexto de las escrituras presentadas que D. Felipe reconociese que estaba inhibido de realizar dicha detracción:

Resultando que D. Joaquín Codina insistió en su escrito de dúplica en que no correspondía la detracción de la cuarta treveliánica, porque Doña Teresa Canut en su testamento usó de las palabras de que únicamente podría disponer de 9.000 libras si el instituído D. Felipe moría sin sucesión, respetando con esto la tradición de la familia, que venía imponiendo esta misma condición en todas las cartas de sucesión con el fin de conservar la casa secular; condición que había aceptado y reconocido D. Felipe Codina:

Resultando que suministrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando que D. Felipe Codina y en el día su heredera no tenía derecho á detraer de los bienes de la herencia fiduciaria la cuarta parte llamada treveliánica, haciendo sobre los demás extremos objeto de la demanda diferentes pronunciamientos; y que interpuesta apelación por la demandante, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona revocó en cuanto á dicho extremo en 6 de Mayo de 1882 la sentencia apelada declarando que Doña Ramona Codina, en su calidad de heredera de su hermano D. Felipe, tiene derecho á la detracción de la cuarta treveliánica de la herencia de su padre D. José Francisco Codina, sin que procediera hacer igual declaración acerca de la de su madre Doña Teresa Canut por haberse ilmitado á la primera de sus dos herencias la petición de la demanda sobre dicha detracción:

Resultando que D. Joaquín Codina y Canut interpuso recurso de casación contra el extremo referido de la sentencia y sosteniendo en el fondo del escrito que las palabras usadas por la testadora de que el instituído podría disponer únicamente de 9.000 libras eran claras y ex-

presas para prohibir la detracción de la cuarta trevelianica: que la voluntad del testador era por otra parte clara, haciendo imposible toda interpretación, hallándose explicada por las tradiciones y costumbres de la familia, dedujo de estas consideraciones que se habían infringido:

1° La Constitución única, tít. 6°, libro 6°, volúmen 1° de las de Cataluña, base y fundamento de la sentencia:

2° La cláusula del testamento de 5 de Octubre de 1860, en que Doña Teresa Canut estableció el fideicomiso:

3° Las leyes 25 y 69 del libro 32 del Digesto:

4° La ley 5ª, tít. 39 de la Partida 7ª:

5° Las sentencias de este Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1866, 6 de Noviembre de 1867 y 13 de Marzo de 1868;

Y 6° La ley 12, tít. 17, libro 50 del Digesto:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe las disposiciones y doctrina que invoca la parte recurrente, porque si bien lo expreso y tácito tienen muchas veces la misma fuerza y significación, ha podido la ley prescribir que en casos determinados se revele el pensamiento del primer modo y *no otramente*, como lo hace la Constitución catalana que se cita, para asegurar así más y más la voluntad de los testadores y evitar deducciones que se prestan á diversos pareceres y á contiendas judiciales;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Joaquín Codina y Canut, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con la devolución del apuntamiento y del documento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 12 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.)

85

Competencia (12 *de Marzo de* 1883)—*Sala tercera.*—RENDICIÓN DE CUENTAS.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza la suscitada con el de igual clase del distrito del Hospicio de Madrid sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Benito Otero y otros con D. Eusebio Elorz, y se resuelve:

Que según dispone el núm 1° del art. 62 de la última ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Marzo de 1883, en la competencia pendiente ante Nós, promovida por el Juez de primera intancia del distrito del Pilar de Zaragoza al de igual clase del distrito del Hospicio de Madrid sobre conocimiento de la demanda entablada en este último por D. Benito de Otero y Rosillo, D. Eusebio Pontón, Doña Catalina Lacomme y D. Francisco Javier Asnares, que se han personado en este Supremo Tribunal, representados por el Procurador D. Manuel Ordóñez, bajo la dirección del Licenciado D. Eduardo Romero Paz, con D. Eusebio Elorz é Iracheta, como Gerente y representante legítimo de

la razón social *Elorz y compañía*, en liquidación, hoy su viuda y heredera, que ha comparecido, representada por el Procurador D. Juan Pascual García y defendida por el Licenciado D. Enrique Pérez Hernández, sobre rendición de cuentas:

Resultando que D. Benito de Otero, D. Eusebio Pontón y D. Mariano Larripa constituyeron una Sociedad accidental ó de cuentas en participación con los Sres Elorz y compañía, de Zaragoza, para el suministro de víveres con destino al Ejército, y conforme á lo que verbalmente había convenido, se pasaron respectivamente una carta fechada en Madrid á 20 de Julio de 1875, consignando para la debida claridad que las ventas de víveres y efectos que respectivamente se les adjudicasen serían por cuartas partes, evitando de este modo la competencia entendiéndose, tanto en pagos y cobros como en utilidades y pérdidas, y sin perjuicio de que cada interesado llevaría su contabilidad, la cuenta general de la negociación sería llevada por la casa de Elorz y compañía, que recibiría de los demás las correspondientes notas de cada operación, liquidándose las cuentas al fin de cada grupo de venta ó á fin de cada mes, según se viere más conveniente:

Resultando que los referidos D. Eusebio Elorz, como liquidador de la casa de Zaragoza Elorz y compañía, D. Benito de Otero, D. Eusebio Pontón y D. Francisco Javier Asnares, como testamentario de D. Mariano Larripa, en documento que firmaron en esta corte á 4 de Marzo de 1878, consignaron y detallaron los artículos que habían sido objeto de la contratación de 20 de Junio de 1875 para el Ejército del Norte en la pasada guerra civil y que procedían de subastas ó contratas con la Administración militar:

Resultando que D. Benito Otero Rosillo, D. Eusebio Pontón y Flor, Doña Catalina Lacomme y D. Francisco Javier Asnares, viuda y heredera y testamentaría de D. Mariano Larripa, dedujeron demanda en esta corte en 15 de Octubre de 1879, que correspondió por repartimiento al Juzgado del distrito del Hospicio para que se condenase á D. Eusebio Elorz é Iracheta, como Gerente y legítimo representante de la razón social Elorz y compañía, en liquidación á rendir la oportuna cuenta geeeral de las operaciones que por virtud de las contratas efectuadas con la Dirección administrativa del Ejército corrieron á cargo de la Sociedad accidental ó de cuentas en participación referida, así como abonarles el importe del saldo que resultase á favor de los demandantes, con indemnización de los daños y perjuicios que se les hubieran irrogado y se les irrogasen por la falta de cumplimiento de lo convenido, alegando respecto á la competencia del Juzgado de Madrid que no podía ocurrirse duda alguna acerca de ella, puesto que ejercitándose una acción personal, era competente el Juez del lugar en que debía cumplirse la obligación, toda vez que se había convenido por Elorz y compañía rindiéran en Madrid á los demás interesados las cuentas generales de las operaciones practicadas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Eusebio Elorz en la representación indicada, se libró para su emplazamiento el oportuno exhorto al Juez decano de los de primera instancia de Zaragoza, pero no hallándose aquél en dicha ciudad, á virtud de nuevo exhorto fué emplazado en la villa de Falces:

Resultando que á consecuencia de dicha citación acudió al Juzgado de Zaragoza D. Eusebio Elorz para que se requiriera de inhibición al de Madrid, fundado en que en el contrato no se había designado á Madrid

como lugar del cumplimiento de la obligación, y no habiendo podido emplazársele allí, el lugar que surtía fuero era Zaragoza, domicilio de la Sociedad demandada:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito del Pilar de dicha ciudad, después de haber oído al Promotor fiscal, proveyó auto declarándose competente para conocer de la demanda interpuesta por D. Benito de Otero y consortes, y mandando requerir de inhibición al Juez de primera instancia del distrito del Hospital, fundándose para ello en que la acción ejercitada era meramente personal, y que no existiendo sumisión, su conocimiento correspondía al Juez del domicilio del demandado, ya que ni constaba el punto en que la obligación debiera cumplirse, ni aparecía que el demandado hubiera sido emplazado en el lugar del contrato:

Resultando que el Juez de Madrid, oídos los demandantes y el Promotor fiscal, se negó á la inhibición, sosteniendo su competencia, fundándose para ello en que si bien el contrato de 20 de Junio de 1875 no expresaba el lugar en que debió cumplirse, y sólo determinaba que la cuenta general se llevaría por la casa Elorz y compañía de Zaragoza, y que cada interesado llevaría su contabilidad, los actos posteriores excluían la idea de que la rendición de cuentas hubiera de hacerse precisamente en Zaragoza y no en Madrid: que procediéndo de la Dirección general de Administración militar las ventas de víveres y efectos objeto del contrato, habiéndose éste otorgado en Madrid y cumplido en el mismo con fecha 4 de Marzo de 1878, fijando los artículos que fueron objeto de aquél, sin consignar protesta ni reserva de su domicilio por parte de Elorz, quedaba demostrado de una manera tácita que Madrid y no Zaragoza era el lugar donde debía cumplirse, y que aquel Juzgado del Hospicio era competente para conocer de la demanda:

Resultando que el Juzgado de Zaragoza insistio en la inhibición, y que en virtud de uno y otro han remitido las actuaciones á este Supremo Tribunal:

Vista, siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que según dispone el núm. 1° del art. 62 de la última ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que en el caso presente la acción entablada es personal, el demandado está domiciliado en Zaragoza, la liquidación de las negociaciones que hicieran los asociados se habían de ejecutar por la Compañía Elorz, á ésta debían remitirse las notas correspondientes, establecida se hallaba en dicha ciudad, por consiguiente al Juez de la misma correspondía en su caso conocer de la demanda sobre la liquidación que es el objeto de la presente; y con arreglo á la disposición citada, así como por la del art. 5° de la ley anterior de Enjuiciamiento civil, sin que pueda tomarse en cuenta para decidir esta cuestión que los asociados celebraran contratos con la Administración militar, ni fijaran los artículos sobre que habían de girar, porque no son objeto de la demanda:

Vistas las disposiciones citadas,

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda entablada por D. Benito de Otero y Rosillo y otros con-

tra D. Eusebio Elorz é Iracheta, como Gerente y representante legítimo de la razón social *Elorz y compañía*, en liquidación, hoy su viuda y heredera, corresponde al Juez de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez del distrito del Hospicio de Madrid, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal.—(Sentencia publicada el 12 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 del mismo mes y año.)

86

Recurso de casación (13 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.* —PAGO DE PESETAS.—No ha lugar al interpuesto por D. Juan Ortega con D. José Davó (Audiencia de Granada), y se resuelve:

Que para los efectos del recurso de casación, cuando no se demuestra que la Sala sentenciadora al apreciar las pruebas sobre cuestiones de hecho ha incurrido en alguno de los errores previstos por el núm. 7° del art. 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil, ha de estarse á su apreciación, teniendo por existentes ó incierto los hechos alegados por las partes, según que dicha Sala los califique, sin que sea suficiente motivo para impugnar este juicio la circunstancia de no expresarse en la sentencia todos los medios probatorios empleados en el pleito, pues esto no significa que haya dejado de tenerlos en cuenta:*

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Marzo de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Merced de Málaga y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. José Davó y Penalva, vecino y del comercio de Málaga, representado por el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos, con D. Juan Ortega Muñoz, propietario, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador Don Constantino Rodero, dirigido por el Licenciado D. León Medina, sobre pago de pesetas:

Resultando que D José Davó y Penalva dedujo en 12 de Junio de 1880 contra D. Juan Ortega Muñoz la demanda objeto de estos autos, en la que estableció como hechos que Ortega concertó con el demandante la compra al contado de 140 arrobas de pimiento molido, á 15 pesetas arroba, que habían de ser embasadas en 70 latas con las seguridades convenientes para su embarque, las cuales se facilitarían y costearían por Ortega, quedando el embase á cargo del vendedor, llevándose á efecto por sus operarios, siendo de cuenta de aquél los gastos de la operación: que él mismo puso en el establecimiento de Davó las latas que fueron entregadas por el maestro D. Nicolás Sapeira, á quien las pagó Ortega; entregándolas despues Davó á éste con el pimiento molido y recibiéndolas el comprador, que dispuso su traslación al muelle para su embarque; que en dicho acto no satisfizo el demandado el importe del pimiento y gastos por no haberse estipuladoque fuera al contado; pero que con posterioridad se le había reclamado sin resultado alguno, por lo cual para preparar la acción ejecutiva había solicitado la confesión judicial: que en ella no solamente había negado ser en deber la cantidad objeto de la reclamación, sino también la entrega del pimiento, faltando así á la verdad de los hechos y contradiciendo sus rei-

teradas confesiones extrajudiciales al pretextar excusas para el pago en todas las ocasiones en que se le había exigido; y citando en apoyo de su derecho la ley 1ª, tít. 1º, libro 19 de la Novísima Recopilación y la doctrina jurídica derivada de la misma de que las obligaciones lícitamente contraídas deben ser cumplidas puntual y religiosamente, terminó suplicando se condenase á D. Juan Ortega Muñoz á dar y pagar al demandante en el término de tercero día el importe de las 140 arrobas de pimiento molido, flor buena, y el de los gastos ocasionados por la faena de embase de las mismas, ascendentes en junto á la cantidad de 8.432 rs. con más los intereses legales á razón del 6 por 100 desde el día en que incurrió en mora, las costas devengadas en las diligencias preparatorias de ejecución antes aludidas y todas las del juicio:

Resultando que D. Juan Ortega Muñoz impugnó la demanda negando los hechos de ella y rechazando que hubiera otorgado obligación alguna directa y voluntariamente con el demandante y que la contradecía por la manera genérica y vaga con que se exponía la obligación cuyo cumplimiento se pedía; manifestando al absolver posiciones que no compró á Davó el pimiento molido, que lo había adquirido como otras veces de D. Pedro Fernández de Labandera, el cual en su nombre propio, por su cuenta y bajo su responsabilidad lo compró legítimamente á D. José Davó el cual había reconocido en Fernández de Labandera el comprador del género y el obligado directamente, no sólo por habérselo vendido y entregado de su orden, sino por haberle reclamado su precio, remitiendo á las pruebas el éxito de sus afirmaciones:

Resultando que el demandante ratificó al replicar los hechos de su demanda, añadiendo que Ortega reconocía y confesaba la adquisición de la partida de pimiento, si bien faltando á la verdad, la suponía hecha á otra persona que el demandante: que éste la vendió directa y personalmente á Ortega, y que era inexacto que la adquisición la hiciera por otros medios ni de otra persona, no habiendo satisfecho el precio:

Resultando que administrada por las partes prueba de testigos y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada dictó en 13 de Julio de 1882 sentencia revocatoria, condenando á D. Juan Ortega y Muñoz á dar y pagar dentro de tercero día á D. José Davo y Penalva el importe de las 140 arrobas de pimiento molido que por éste le fueron vendidas y los gastos ocasionados por la faena de embase hechos de su orden, que ascendían en junto á 2.180 pesetas, y los intereses legales á razón del 6 por 100 desde que incurrió en mora, sin expresa condenación de costas:

Resultando que D. Juan Ortega Muñoz interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º Las leyes 4ª y 6ª, tít. 2º, Partida 1ª, que definen la costumbre y la fuerza de esta fuente del derecho, así como la jurisprupencia de este Tribunal Supremo, confirmatoria de dichas disposiciones legales contenidas en sus fallos de 26 de Setiembre de 1860 y 6 de Junio de 1867, pues aparecía justificado que era costumbre en la plaza de Málaga considerar tan sólo comprado en el género de ventas de que se trataba en este pleito á aquél que suscribía la orden en que por escrito se comunicaba al vendedor para que permitiera la salida de los géneros vendidos de su almacén, y el que la dió no fué el recurrente que había contratado con Davó, sino Fernandéz de Labandera:

2º La ley 1ª, tít. 5º de la Partida 5ª, citada en la sentencia, que de-

fine el contrato de compraventa, pues demostrado que no podía el recurrente ser considerado como comprador respecto de Davó, y faltando esta base para fundar en él reclamación jurídica entre ambos, era evidente que no cabía aplicarse en este pleito la citada ley:

3° La ley 1ª, tít. 14 de la Partida 3ª, y la jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, que confirma y da, si cabe, mayor fuerza y eficacia á la doctrina legal que se desprende de la citada ley de Partida, por cuanto la sentencia no había tenido en cuenta la prueba sobre el hecho evidente de que las mercancías fueron sacadas del almacén en virtud de orden que no fué dada por el recurrente, cuya prueba, contra la cual nada habia aducido de contrario, venía á resolver el punto litigioso respecto de quien era el comprador, ajustándose á la costumbre de la plaza de Málaga, habiéndose infringido también la ley 3ª, tít. 22 de la Partida 3ª, pues no se había tenido en cuenta la verdad sabida por el averiguamiento ó prueba practicada:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que para los efectos del recurso de casación, cuando no se demuestra que la Sala sentenciadora al apreciar las pruebas sobre cuestiones de hecho ha incurrido en alguno de los errores previstos por el núm. 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha de estarse á su apreciación, teniendo por existentes ó inciertos los hechos alegados por las partes, según que dicha Sala los califique, sin que sea suficiente motivo para impugnar este juicio la circunstancia de no expresarse en la sentencia todos los medios probatorios empleados en el pleito pues esto no significa que haya dejado de tenerlos en cuenta:

Considerando que conforme el principio sentado, son inaplicables y no han podido ser infringidas las leyes que se sitan en los tres únicos motivos del presente recurso, porque la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto las pruebas suministradas por una y otra parte, establece como probado que D. Juan Ortega Muñoz contrató directamente con D. José Davó y Penalva la compraventa de la mercancía de que se trata, conviniendo en el precio y demás condiciones propias de dicho con trato, y ni las leyes invocadas dan reglas para la apreciación de las pruebas, ni en el recurso se señala el documento ó acto auténticos de los cuales resulte la evidente equivocación del juzgador;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Ortega Muñoz, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 13 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.)

87

Recurso de casación (*13 de Marzo de 1883*).—*Sala primera.*—RENDICIÓN DE CUENTAS.—No ha lugar al interpuesto por Doña María Cánovas con Fermín Vela y Cánovas y otros (Audiencia de Zaragoza), y se resuelve:

Que no se infringe la ley 21, tít. 16, Partida 6ª, que impone á todo guardador de huérfanos luego que se acabe su oficio «la obligación de dar buena cuenta ó verdadera de todos los bienes del huérfano, también mueble como raiz,» por la sentencia que no se refiere á estas cuentas ni absuelve de esa obligación, sino de lo pedido en la demanda, limitada

á que se condenase á los demandados como herederos del tutor y curador á entregar á la recurrente una cantidad determinada á no justificar la inversión dada á la misma en el supuesto de haberla recibido dicho tutor, que la Sala sentenciadora estima no ha sido probado, sin que haya sido impugnada esta apreciación.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Marzo de 1883, en los autos que ante nos penden seguidos en el Juzgado de primera instancia de Ateca y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por Doña María Cánovas Monserrat con Fermín, Juana, Teresa y Melchora Vela y Cánovas, representadas las dos últimas por su curador *ad litem* D. Benito Romanos, sobre rendición de cuentas; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de la Doña María Cánovas por el Procurador D. Manuel Mariño, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel García Gordó no habiéndose personado ante este Tribunal Supremo los demás interesados:

Resultando que en 15 de Junio de 1880 María Cánovas y Monserrat dedujo demanda ordinaria por acción personal, por sí y como heredera de sus hermanos Domingo, José y Benito Cánovas y Monserrat, contra Fermín, Juana, Teresa y Melchor Vela y Cánovas, como hijos y sucesores de Fernando Vela, en la que expuso que en el año 1866 se hizo cargo el Fernando de la tutela y curatela María, Domingo, José y Benito Cánovas, según la certificación del Registrador que acompañaba: que de ésta aparecía que á dichas menores correspondía un capital de 10 á 12.000 rs. con intereses del 6 por 100 de tres años que el tutor y curador Fernando Vela aseguró con fianza hipotecaria: que en 24 de Enero de 1869 falleció Fernando Vela sin haber entregado á sus pupilos ó menores el capital que les pertenecia, sin que posteriormente lo hayan hecho sus hijos los demandados: que muertos Domingo, José y Benito, hermanos de la demandante, ésta representaba sus derechos por la declaración de heredera: que al tutor y curador habían sucedido por Ministerio de la ley sus hijos Fermín, Juana, Teresa y Melchora Vela y Cánovas, los cuales se negaban á entregar á la demandante el referido caudal, y concluyó solicitando que se declarase que los demandados se hallaban obligados á entregar á María Cánovas y Monserrat 2.912 pesetas, importe del capital que pertenecía á la misma y á sus hermanos y causahabientes cuando se encargó de su tutela y curatela Fernando Vela á no justificar legalmente la inversión dada á este capital:

Resultando que conferido traslado á los demandados, por su no comparecencia fueron declarados rebeldes Fermín y Juana, entendiéndose las diligencias con los estrados, y el curador *ad litem* del Melchor y Teresa Vela le evacuó, alegando que la cantidad objeto de la demanda procedía de una herencia de Doña Jacinta Torres, á las que se conceptuaban con derecho, tanto los antecesores de la demandante como de los demandados: que las diferencias que entre los mismos mediaron concluyeron con un convenio celebrado en 29 de Enero de 1859 entre los interesados Mariano Cánovas, padre de la demandante, y José, Serapia y Manuela Cánovas con Esperanza y Blasa Cánovas: que todos los expresados dieron poder á D. Martín García, el cual recibió toda la herencia; que al entregar éste á los interesados su respectiva parte de la herencia, se quedó con la correspondiente á Mariano Cánovas, que ya había muerto y cuyos hijos eran menores, hallándose ahora refundidos sus derechos en la demandante: que después de acontecido lo expuesto,

se nombró tutor y curador de estos menores á Fernando Vela, padre de los demandantes, y éste bajo tal carácter interpuso juicio ejecutivo contra dicho D. Matías García, al que se le embargaron los efectos que precisa: que habiendo fallecido el D. Matías García y también el curador D. Fernando Vela, quedó todo en suspenso, siendo de notar que no parezca tal expediente ni se encontrase donde debiera estar; y que el Vela ni como curador de la demandante y hermano ni bajo concepto alguno llegó á percibir la parte de la herencia que á los mismos correspondía y que obraba en poder de D. Matías García, habiendo estado en el de sus herederos Pablo y Mariano García; y después de alegar varios fundamentos de derecho, pidió que se absolviese libremente y sin costas á los demandados Melchor y Teresa Vela y Cánovas de la demanda contra los mismos interpuesta, desestimándola por completo y con costas:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas pretensiones; y recibido el pleito á prueba, se unió á los autos copia de una escritura otorgada en 29 de Enero de 1859 entre Esperanza y Blasa Cánovas y José, Serapia, Petra y Manuela Cánovas y el esposo de Jerónima Cánovas, como apoderado dé la misma, por cuya escritura convinieron bajo las bases estipuladas en repartirse los bienes procedentes de la herencia de Doña Jacinta Torres y Cánovas, á la que todos creían tener derecho:

Resultando que dictada sentencia por el Juez de primera instancia interpuso apelación D. Benito Romanos, como curador *ad litem* de los menores Melchor y Teresa Vela y Cánovas; y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza, por sentencia de 16 de Noviembre de 1882 revocando la apelada, absolvió de la demanda interpuesta por María Cánovas y Monserrat á los demandados Fermín, Juana, Teresa y Melchor Vela y Cánouas, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que por parte de María Cánovas y Monserrat se interpuso recurso de casación por infracción de ley, alegando haberlo sido por la sentencia la ley 21, tít. 16, Partida 6ª; en cuanto exime á los hijos del difunto Fernando Vela del cumplimiento sagrado de rendir cuentas á la recurrente:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley 21, título 16, Partida 6ª, único fundamento del recurso, porque si bien esta ley impone á todo guardador de huérfanos luego que se acabe su oficio «la obligación de dar buena cuenta ó verdadera de todos los bienes del huérfano, también mueble como raíz,» la sentencia no se refiere á estas cuentas ni absuelve de esa obligación; sino de lo pedido en la demanda, limitada á que condenase á los demandados como herederos del tutor y curador Fernando Vela á entregar á la recurrente una cantidad determinada á no justificar la inversión dada á la misma en el supuesto de haberla recibido Vela, que la Sala sentenciadora estima no ha sido probado, sin que haya sido impugnada esta apreciación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña María Cánovas Monserrat, á la que condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Zaragoza, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 13 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.)

88

Recurso de casación (14 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE CANTIDADES—No ha lugar al interpuesto por D. Valentín Badía con la *Compañía de los ferrocarriles de Barcelona á Tarragona y Francia* (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que los contratos sólo son ley para los contratantes y los que de ellos traen causa;*

Y 2° *Que si entre la demandada y demandante no existe vínculo alguno de derecho del cual pueda derivarse la acción real que establecen las leyes* 26, 28 *y* 29, *tít.* 13, *Partida* 5ª, *no tienen éstas aplicación, y por tanto no pueden decirse infringidas.*

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de la ciudad de Barcelona y en la Sala segunda de la Audiencia del mismo territorio por D. Valentín Badía y Espett, cantero, vecino de Granollers, con la *Compañía de ferrocarriles de Barcelona á Tarragona y Francia*, sobre pago de cantidades; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Badía por el Procurador D Manuel Montero, bajo la dirección del Licenciado D. José Gómez Acevo y Cortina, habiendo representado y defendido á la Compañía demandada el Procurador D. José María Aguirre y el Licenciado D. Faustino Rodríguez San Pedro:

Resultando de un contrato privado de 17 de Abril de 1858 que Don Miguel de Bergne, Ingeniero de la Sociedad anónima titulada *Camino de hierro del Centro*, y D. Valentín Badía, convinieron que éste se obligaba á entregar toda la piedra necesaria para la construcción del puente que se estaba verificando en Martorell hasta llevarla al mismo fin de la obra; que D. Miguel de Bergne satisfaría al Badía á razón de 13 rs. y medio vellón la vara cúbica de piedra de mampostería, ó su equivalencia en peso, y de 7 reales y medio la piedra labrada ó de sillería; que el pago se haría por quincenas, dejando Badía en depósito el 10 por 100 de garantía, que le sería devuelto á los 15 días de haber terminado por completo la obligación que contraía:

Resultando que por escritura otorgada en la ciudad de Barcelona en 11 de Mayo de 1858, D. Cornelio de Bergne de una parte y de otra Don Francisco Planas, D. Buenaventura Fabra y D. Rafael Sabadell, Director de la Sociedad anónima titulada Camino de hierro del Centro, en nombre y representación de dicha Compañía, convinieron entre otros pactos: primero, que D. Cornelio Bergne se obligaba á construir el puente de hierro sobre el río Llobregat, dispuesto por el Gobierno de S. M., y asimismo la demás prolongación del Camino de hierro del Centro, desde el llamado camino de Tarrasa, cerca de la salida de Teruel de Martorell hasta la carretera general de Madrid, cerca de Pinalario, entregándoles á dicha Sociedad completamente construídos en todas sus partes y en estado de ponerse á la pública circulación; décimocuarto, que D. Cornelio de Bergne daría conocimiento á la Dirección de la Sociedad del Camino de hierro del Centro de todas las contratas que hiciese con motivo de la construcción del puente sobre el río Llobregat, obras y demás del camino de hierro citado entregándole una copia de las mismas, á fin de poder adoptar en su vista las disposiciones que es-

timase convenientes á la Sociedad: décimoquinto, que la Sociedad anónima titulada Camino de hierro del Centro, en pago de la total construcción del citado puente, obras, material y de toda la prolongación del camino de hierro citado, conforme á los pactos expresados se obligaba á satisfacer la cantidad de 166.577 pesos fuertes en la forma que se expresaba: décimosexto, que la Sociedad anónima titulada Camino de hierro del Centro se obligaba á pagar con arreglo á lo expresado en el artículo anterior directa y semanalmente á los operarios ocupados en la construcción de las obras expresadas en la presente contrata, asimismo pagaría también directamente los materiales de todas clases que se empleasen para la construcción del puente y demás obras expresadas, y en la misma forma los demás gastos que ocurriesen para su construcción, haciendo la Sociedad todos los referidos pagos con la intervención de D. Cornelio de Bergne para el pago del material citado, puente y camino que hubiera de traerse de Inglaterra, la Sociedad se obligaba á tener en dicho punto las cantidades que fuesen necesarias á este objeto, vistas las contratas originales de compra que hiciese D. Cornelio Bergne; décimoséptimo, que concluída en todas sus partes la citada prolongación del camino y el puente sobre el río Llobregat, y abierta la pública circulación, se procedería desde luego á verificar la correspondiente liquidación, reservándose la Sociedad el 5 por 100 de la cantidad total, pactada en el art. 15 en garantía de cumplimiento de las obligaciones en la presente contrata; dicho 5 por 100 quedaría en poder de la Sociedad, una mitad durante seis meses, á contar desde la conclusión total de las obras é inauguración de las mismas al público, y la otra mitad durante seis meses más; décimooctavo, que D. Cornelio de Bergne no podía en ningún caso ni tiempo reclamar por razón alguna de la Sociedad del Camino de hierro del Centro ninguna cantidad que excediese de la de 166.567 pesos fuertes pactada en la contrata en pago de la buena y completa construcción del puente sobre el río Llobregat de todas las obras y camino de hierro referidos y en la forma y condiciones expresadas: décimonoveno, que el de Bergne en garantía del cumplimiento de todas las condiciones de la contrata daba su fiador á su hermano D. Miguel de Bergne; vigésimo, presente éste al acto y enterado de todo el contenido de la contrata se obligó para con la Sociedad del Camino de hierro del Centro á vigilar directamente por sí la construcción del puente sobre el río Llobregat y demás obras expresadas, saliendo garante de su buena ejecución, obligéndose también á responder de todas y cada una de las condiciones de esta contrata en el caso de incumplimiento por parte de D. Cornelio de Bergne:

Resultando que en 3 de Setiembre de 1860 otorgaron escritura Don Miguel de Bergne como representante de su hermano D. Cornelio y los Directores del Comino de hierro del Centro, en la que después de hacerse constar haberse cumplido por ambas partes el contrato de 11 de Mayo de 1858, relativo á la construcción que desde el camino de Tarrasa hasta cerca del Puntario se consignan las cantidades recibidas por D. Cornelio de Bergne, testimoniándose las nóminas satisfechas en forma de liquidación que aprobó el D. Miguel de Bergne en la representación dicha, prometiendo siempre por válida y legal sin impugnarla por motivo alguno, reconociendo además haber recibido á presencia del Notario y testigos 9.528 duros y 85 céntimos de los expresados Directores, por el saldo que á su favor arrojaba dicha liquidación, y declarando con ello quedar completa y legalmente satisfecho de to-

das las cantidades que en virtud de la construcción podía su hermano D. Cornelio reclamar:

Resultando que D. Valentín Badía dedujo demanda para que se condenase á D. Miguel de Bergne en la calidad de Ingeniero de la Compañía de las obras de la vía férrea del Centro subsidiariamente á la Empresa á satisfacerle la cantidad de 210.248 rs. 46 céntimos inclusos el principal é intereses devengados, con más á la indemnización de los daños y gastos ocasionados sin perjuicio de formar el correspondiente juicio de liquidación:

Que D. Miguel de Bergne contestó á la demanda pidiendo se le absolviera de ella y que se condenase á Badía á satisfacerle la cantidad de 11.316 rs. 4 cénts. que resultaban á su favor por saldo definitivo, y seguido el pleito, el Juez de primera instancia, por sentencia de 25 de Setiembre de 1865, condenó á D. Miguel de Bergne á pagar á D. Valentín Badía 119.682 rs. 45 cénts. en total cumplimiento de la reclamación y objeto de su demanda; declarando no haber lugar á la reconvención de la cual se imponía á Bergne silencio y callamiento perpetuo con reserva no obstante de su derecho para que en lo relativo á reembolso de la citada cantidad pudiera utilizarlo si así lo estimaba contra la Empresa del ferrocarril del Centro, sin hacer abono alguno por intereses; que remitidos los autos á la Audiencia, en virtud de apelación, por sentencia de 7 de Diciembre de 1866, declaró no debían abonarse á de Bergne la cantidad de 42.298 rs. 26 cénts. importe de ciertas obras, y en su consecuencia condenó á aquél á pagar á Badía 161.980 reales 71 cénts. confirmando en lo conforme la sentencia del inferior, é interpuesto recurso de casación por de Bergne, esta Sala, por sentencia de 24 de Diciembre de 1867, declaró haber lugar al mismo tan sólo en cuanto á la sentencia recurrida dejó de resolver respecto del valor de las herramientas recibidas por Badía ó entrega de las mismas, y no haber lugar al recurso respecto de los otros particulares, y por su segunda sentencia del mismo día condenó á Badía á que entregase á de Bergne las herramientas de que él recibió, ó en su defecto el valor de las mismas:

Resultando que en 9 de Abril de 1880 D. Valentín Badía dedujo demanda, en la que dijo que con motivo de las construcciones del puente de hierro sobre el rio Llobregat, en Martorell, se formó entre D. Miguel de Bergne y Badía el contrato privado de 17 de Abril de 1858 de que se ha hecho mérito; que no habiendo cumplido D. Miguel de Bergne lo que correspondía segun el expresado contrato, Badía incóo un pleito ordinario en 1862 contra Bergne en reclamación de importe de sus trabajos, materiales y tierras, en cuyo pleito recayó sentencia ejecutoria dictada por este Tribunal Supremo en 24 de Diciembre de 1877, condenando al Bergne al pago de 159.960 rs., que no habiendo encontrado bienes á Bergne para satisfacer dicha cantidad, era innegable que debía condenarse al pago de dicha suma á la Sociedad demandada, supuesto que se trata de un crédito refaccionario, pues tal era el importe de los materiales invertidos en el puente, del cual se ha aprovechado y se aprovecha única y exclusivamente la expresada demandada; que las obligaciones de la Sociedad no eran solamente subsidiarias, en defecto de D. Miguel de Bergne, sino directa y principal con arreglo al convenio que los Directores de la Sociedad Camino de hierro del Centro otorgaron con D. Cornelio de Bergne en 11 de Mayo de 1858, según aparece de los pactos 15 y 16; que la Sociedad cumplió en un principio pa-

gando los operarios ocupados en la construcción del puente y á Badía los materiales que aportaba, como lo justificaban los recibos y escritura de liquidación de 3 de Setiembre de 1860, que la Sociedad no ignoraba la contrata pribada entre Badía y de Bergne, como lo acreditaba el art. 14 del convenio celebrado por la misma; que no habiendo podido conseguir Babía el pago de su alcance, según la sentencia ejecutoria de los hermanos D. Miguel y D. Cornelio de Bergne creyendo obligada tanto subsidearia como directamente á la Sociedad Camino de hierro del Centro, de quien era sucesora la del ferrocarril de Tarragona á Barcelona y Francia, citó á esta á conciliación, en cuyo acto no hubo avenencia. Por todo lo que, ejercitando la acción personal *condítio ex lege* y demás que correspondieran de los hechos expuestos, pidió que se emplazase á la Sociedad de ferrocarriles de Tarrrgona á Barcelona y Francia, antes Sociedad del Camino de hierro del Centro, y en definitiva se condenase á la misma á satisfacer á D. Valentín Badía la cantidad de 39.990 pesetas 17 céntimos, con más el importe de las costas causadas en el juicio seguido contra D. Miguel de Bergne, los intereses de la referidad cantidad, á contar desde la fecha de la sentencia ejecutoria, y á las costas del juicio; y por otrosí solicitó el beneficio de pobreza;

Resultando que la Sociedad de ferrocarriles de Tarragona á Barcelona y Francia contetó á la demanda exponiendo que en el convenio celebrado en 11 de Mayo de 1859 no intervinieron más personas que la Sociedad Camino de hierro del Centro, ó sea sus Directores, el empresario D. Cornelio de Bergne y el fiador de éste; que la Sociedad se comprometió á satisfacer directa y semanalmente á los operarios, destajistas y proveedores de materiales con la condición de que interviniese y diera su orden y aprobación el empresario constructor ó su delegado, puesto que el pago se hacía por cuenta de dicho empresario, y así lo cumplió pagando las nóminas y demás que se presentaban con la aprobación ó V° B° de D. Cornelio de Bergne ó de su delegado, sin que se verificase un solo pago sin el requisito previo de aprobación ó V. B° del empresario, único que tenía derecho á señalar á la Sociedad lo que debía entregar á los operarios y destajistas que trabajaban por cuenta del mismo; que habiendo cumplido el empresario su compromiso completando la construcción de las obras, de la misma manera hubo de cumplirlas la Sociedad, y así lo hizo otorgándose la escritura de 3 de Setiembre de 1860, en la que consta que la Sociedad Camino de hierro del Centro pagó por completo el precio de las obras ejecutadas, esto es 166.577 pesos fuertes, lo cual demostraba que la Sociedad no disfruta de una cosa que no haya satisfecho, y mucho menos que se enriquezca en perjuicio ajeno; que Badía contrató la provisión de materias para el puente, no con la Sociedad ni siquiera con el empresario de las obras, sino exclusiva y particularmente con un hermano del empresario D. Miguel Bergne, y éste fué el que se obligó á pagar el precio y de quien podía reclamarlo y lo reclamó el actor en 1862, ó sea dos años después de haber liquidado la Sociedad y de haber satisfecho el empresario D. Cornelio el precio ajustado; que D. Valentín Badía reconocía que no recibió cantidad alguna de la Sociedad sin que diere antes orden de satisfacerla el empresario ó su delegado, y por consiguiente que por su contrato con D. Miguel de Bergne no tenía derecho alguno para reclamar contra la Sociedad; que en el pleito que siguió Badía contra D. Miguel y D. Cornelio de Bergne no fué citada ni intervino

la Sociedad, y el fallo sólo declaró deudor á D. Miguel de Bergne, y oponiendo á la demanda las excepciones *sine jure y sine actione agis*, pidió se absolviese de la demanda á la *Compañía de ferrocarriles de Tarragona á Barcelona y Francia*, imponiendo al actor D. Valentín Badía silencio perpetuo y el pago de las costas, daños y perjuicios:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones, y seguido el pleito en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 9 de Junio de 1882, confirmatoria de la del Juez de primera instancia, absolvió de la demanda á la Compañía de ferrocarriles de Tarragona á Barcelona y Francia:

Resultando que por parte de D. Valentín Badía se interpuso recurso de casación, por haberse en su concepto infringido:

1° La ley 1ª, tít. 5°, libro 10 de la Novísima Recopilación, en cuanto que si bien el recurrente no contrató con la Compañía de los ferrocarriles de Tarragona á Barcelona y Francia la obligación de ésta para con él, resulta evidente, y de *cualquier manera* que el hombre aparezca obligado, debe quedar obligado; pero aun cuando así no fuese y aunque no se considerase á la Compañía directamente obligada, aun así no tendría otro medio que satisfacer á D. Valentín Badía la suma que éste le reclama, puesto que además le ha demandado con su carácter de acreedor refaccionario:

2° Las leyes 26, 28 y 29, tít. 13, Partida 5ª, en el sentido de negarse á D. Valentín Badía el carácter de acreedor refaccionario; en la sentencia recurrida no se da fuerza á estas leyes porque se dice que no pueden hacerse extensivas á cosas que no se enumeran según declaración de este Tribunal Supremo; pero esto es un error, porque si bien es verdad que no pueden hacerse á casos análogos, no ha sido ni podido ser la mente de la Sala restringirla también á los equivalentes:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que en la cláusula 16 de la escritura pública de 11 de Mayo de 1858, la Compañía demandada no garantizó, como pretende el recurrente, el contrato privado que en 17 de Abril anterior celebró el mismo con D. Miguel de Bergne, del cual ni siquiera se hizo mención en aquel instrumento, sino que en dicha demanda establecieron las partes la forma y condiciones con que la Sociedad se obligaba á pagar al contratista D. Cornelio de Bergne con quien únicamente pactaba, la cantidad de 166.577 pesos fuertes en que se ajustaron las obras que éste tomaba á su cargo, sin que en ningún caso ni tiempo pudiera reclamar por razón alguna mayor suma, todo lo cual en términos que no dan lugar á duda se consigna en las cláusulas 15, 16, 17 y 18 de la misma escritura, y por tanto D. Valentín Badía no puede fundar útilmente en ella la acción personal que ha ejercitado en este pleito, porque los contratos sólo son ley para los contratantes y los que de ellos traen causa, y el recurrente carece de esta personalidad y cualidades:

Considerando que entre la Compañía demandada y D. Valentín Badía no existe vínculo alguno de derecho del cual pueda derivarse la acción real que establecen las leyes de Partida citadas en el segundo motivo del mismo, porque habiendo aquél contratado con Bergne exclusivamente, no adquirió respecto á la Compañía el carácter de acreedor refaccionario que hubiera podido corresponderle en este caso, y tiene tan sólo la acción personal contra Bergne, como él mismo reconoció demandándolo directamente y sin citación de la Compañía en el

pleito que terminó por la sentencia de 24 de Diciembre de 1867, cuyo fallo por otra patre no obsta á la misma Compañía que nada adeuda al contratista Bergne, según consta de la escritura pública de 13 de Setiembre de 1860, y ha pagado puntualmente á Badía los libramientos debidamente intervenidos que presentó al cobro, con arreglo á la contrata de 11 de Mayo de 1858 ya citada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Valentín Badía, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 14 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Agosto del mismo año.)

89

Recurso de casación (*14 de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE CANTIDADES.—Ha lugar al interpuesto por D. José García Fernández con D. Faustino Allande (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que con arreglo á la ley 28, *tít.* 14, *Partida* 5ª, *pagando uno por yerro una cosa que no debe queda obligado el qué la recibe á devolverla.*

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Oviedo y en la Sala de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por D. José García Fernández, vecino de la Habana, con D. Faustino Allande Valledor, vecino de dicha ciudad de Oviedo, propietario, sobre pago de cantidades; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre del D. José García Fernández por el Procurador D. Juan Antonio Asensio, bajo la dirección del Licenciado D. Ignacio Hidalgo Saavedra, habiendo representado y defendido al Allande Valledor el Procurador D. Francisco Egea y el Licenciado Don Antonio Maura:

Resultando que en 23 de Setiembre de 1880, D. José García Fernández dedujo demanda civil ordinaria contra D. Faustino Allande Valledor, pretendiendo se condenase á éste á que le pagase 8.500 pesetas que por error é indebidamente le satisfizo, con los intereses legales desde las respectivas entregas ó cuando menos desde 3 de Junio de 1879, en que y en virtud de otra demanda y subsidiariamente le reclamó, y al efecto expuso que D. Manuel García, hermano del demandante y por encargo de éste, concertó con el demandado, á nombre de su tío Don Francisco Valledor, de quien dicho demandado era heredero, la adquisición ó compra de la casa de la Borra ó Bonza, con todas las fincas que la constituyen, bajo cuyo concepto y á cuenta del precio concertado remitió el demandante al demandado 8.500 pesetas que éste recibió en 14 y 21 de Noviembre de 1876 y 30 de Enero de 1877 por conducto de Don Evaristo J. Carrajal, D. Luis M. Alba y D. Antonio L. Arango: que en 3 de Junio de 1879 promovió el propio actor demanda contra el mismo demandado para que le otorgase escritura de venta de la posesión denominada de la Borra, entregándole los bienes que la constituían, recibiendo en el acto 23.000 reales, que con 34.000 que tenía recibidos importaban los 57.000 reales, precio convenido, restituyéndole los 34 recibidos si por causas de cualquiera clase hubiese un obstáculo legal que impidiese el otorgamiento de la escritura: que al contestar la demanda excepcionó el demandado que lo convenido con D. Manuel Gar-

cía, hermano del demandante, fué la venta de la posesión Bonza en la parroquia de Arderanto en precio de 84.000 reales, por cuya cuenta entregará el comprador D. Manuel algunas cantidades, que liquidadas resultaron importar 27.295 reales, adeudándole la diferencia hasta completar los 84.000, precio de la venta: que á pesar de justificar en dicho pleito la entrega al demandado de las 8.500 pesetas, como no tenía otra prueba del contrato que la palabra de su hermano D. Manuel García, á quien comisionara para su adquisición, y éste hubiera firmado un documento referente á la compra de la posesión de la Bonza en 84.000 reales para sí, y la demanda se refería á la posesión de la Borra por error de nombre, el Juzgado por sentencia que dictó absolvió al demandado de la demanda contra el mismo propuesta, sentencia que confirmó la Audiencia; y como fundamentos de derecho alegó que la sentencia recaída en el pleito anterior resolvió la improcedencia del primer extremo de la demanda en el sentido de no haberse justificado el contrato, lo cual hacía imposible el segundo extremo de la misma, porque no habiéndose justificado el contrato no procedía resolver la devolución de la parte de precio que se había satisfecho: que desde el momento en que por sentencia ejecutoria se ha dicho que no existía el contrato ó que no se había justificado, por cuya razón fué absuelto el demandado, el pago de las 8.500 pesetas, que está plenamente demostrado fué hecho por error é indebidamente, y debe ser restituído en conformidad á la ley 6ª, tít. 14 de la Partida 3ª: que si el demandante, en la suposición de que su hermano le había adquirido la posesión de la Borra, mandó y remitió al vendedor 8.500 pesetas, si no existió el contrato la entrega de parte del precio se hizo por error, y citó las leyes 28 y 29, tít. 14 de la Partida 5ª:

Resultando que el demandado al contestar la demanda solicitó se le absolviera de la misma, con imposición de las costas al demandante, y expuso que D. Francisco Valledor vendió en 1876 á D. Manuel García la posesión de la Bonza en el precio de 84.000 reales, cuyo contrato ratificó el demandado en documento privado de 20 de Abril de 1877 como heredero del vendedor D. Faustino: que el demandante hermano del comprador D. Manuel le promovió en 3 de Junio de 1877 la demanda de que se ha hecho referencia, solicitando en la súplica que se le otorgase la escritura de venta y entrega de bienes ó en otro caso se le devolviese la parte de precio entregada con los réditos: que en el escrito de réplica dijo el demandante que si no realizaba el otorgamiento de la escritura ni desistía ó se arrepentía el demandado de la enajenación, tenía que devolver lo que había recibido, rescindiendo el contrato, pues faltando causa justa el pago resultaba indebido y procedía la acción para reclamar su importe, por cuyo segundo extremo de la súplica se pidió la devolución de los 34.000 reales como pago hecho indebidamente: que dicho pleito de dicho mes fué resuelto en sentencia confirmada por la Sala absolviendo al entonces y hoy demandado D. Antonio Valledor de la demanda, desestimando ésta en los dos extremos ó peticiones que entrañaba, y alegó que lo que se pide por la segunda demanda no es otra cosa que el segundo extremo de la primera, que fué desestimada por sentencia firme, porque la absolución de la demanda resuelve todos los extremos de ella, excepcionando por tanto la cosa juzgada: que las cantidades que había recibido en consideración al contrato de venta de la Bonza, y como parte de precio por cuenta del comprador D. Manuel García, á quien le habían sido abonadas, según se con-

signaba en el quinto considerando de la sentencia firme: que la ley 28, tít. 14 de la Partida 5ª no tenía aplicación al caso de autos, puesto que sirviéndola de base el pago de una deuda que nunca existió ó que estaba ya solventada, en el caso presente se trata de pagar una deuda justa y reconocida, á cuyo pago se aplicaron las cantidades recibidas; siendo un absurdo sostener que el pago fué indebido; que los recibos de las cantidades satisfechas á cuenta del precio se expidieron á favor del comprador D. Manuel García sin que por su parte se formulara la más leve protesta, y que si el demandante fuera engañado en creer que su hermano D. Manuel García comprara para él los bienes, no podía culpar al D. Faustino, y con quien debía entenderse era con aquél:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas pretensiones: que recibido el pleito á prueba se practicaron las propuestas por aquélla y el demandado absolvió posiciones, manifestando haber recibido del demandante y en tres partidas 8.500 pesetas sin haber celebrado con éste contrato alguno por virtud del cual debería entregarle dicha suma:

Resultando que unidas las pruebas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpuso apelación D. Faustino Allande Valledor; y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por sentencia de 8 de Julio de 1882, revocando la apelada, absolvió al D. Faustino de la demanda contra él interpuesta por D. José García Fernández, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José García Fernández interpuso recurso de casación, citando como infringidas:

1º La ley 30, tít. 14, Partida 5ª, por haber sido indebida y erróneamente aplicada, toda vez que la misma dispone que pagando algún hombre á sabiendas deuda que no debía no la puede después demandar, porque entendiéndose que lo hizo con intención *de lo dar* ó sea de efectuar una donación, siendo así que en el caso actual evidentemente no era de aplicación esta ley sino las 28 y 29, tít. 14, Partida 5ª, que establecen como la cosa que es pagada poa yerro debe ser tornada al que resulta haber hecho indebidamente el pago, por lo que y á causa de no haber sido cual correspondía aplicadas resultan también infringidas las dichas dos leyes 28 y 29 del tít. 14, Partida 5ª, así como la doctrina que en conformidad con las mismas se establece, entre otras sentencias de este Tribunal Supremo, en las de 15 de Marzo de 1871 y 21 de Mayo de 1874; determinando que el que por error ha pagado lo que no debía, tiene derecho á su restitución:

2º La ley 25, tít. 2º de la Partida 3ª; la ley 8ª, tít. 14, Partida 3ª, y y los artículos 279, 280 y 294 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, ó si se extendiese ser ya aplicable el fallo definitivo del pleito la Novísima ley de Enjuiciamiento, los artículos 578, 596 y 580 de ésta que disponen exactamente lo mismo que los antes citados de la antigua; cuyas infracciones se han cometido al no estimar la sentencia recurrida la cuestión, como después de primer pleito tenía planteada al segundo, y la decisiva prueba que en tal concepto y conforme á dichas leyes ofrecían de un lado el resultado del primitivo pleito como solemne y de otro la confesión judicial del demandado:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que con arreglo á la ley 28, tít. 14, Partida 5ª, pagando uno por yerro una cosa que no deba queda obligado el que la recibe á devolverla:

Considerando que en la sentencia recurrida aparecen justificados los dos hechos necesarios para la aplicación de la referida ley, puesto que en ella se consigna que el demandado Valledor, absolviendo posiciones contestó haber recibido del demandante D. José García Fernández 8.500 pesetas sin haber celebrado con éste contrato alguno por virtud del cual debiera entregarle dicha suma, y á mayor abundamiento lo acreditan la letra girada en la Habana á la orden de D. José García Fernández por 22.000 rs. y los recibos de 6.000 rs. cada uno de D. Evaristo Carvajal y D. Luis Alba, por medio de los cuales se hizo la entrega en tres partidas al D. Faustino Valledor de la referida cantidad recibida del D. José Fernández; y los testimonios del pleito anteriormente seguido entre las mismas partes que el que ha dado margen al presente recurso, demuestran que al verificarlo obró en el equivocado concepto de que se destinaba al pago y como parte del precio de la finca que suponía comprada para él al causante derecho del recurrido por su hermano D. Manuel, pues en este sentido y bajo esta creencia pidió que se llevase á efecto el referido contrato de compraventa cuya existencia no se justificó, y de aquí por consiguiente acreditado el error que motivó dicha entrega:

Considerando que por esta razón la Sala sentenciadora al absolver al demandado, fundándose en que no aparecía justificado que el pago de la antes mencionada cantidad fuera hecho por yerro é indebidamente, ha incurrido en un error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de los indicados documentos auténticos, que demuestran la equivocación evidente del juzgador, y en su consecuencia ha infringido la ley 28, tít. 14, Partida 5ª, y la 30 del mismo título y Partida, ésta por aplicación indebida á este caso, puesto que la referida entrega ó paga no se hizo á *sabiendas* de que no se debía, condición precisa según ella para que *se entienda que la face con intención de lo dar*, citadas ambas leyes en el primer motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José García Fernández contra la sentencia que en 8 de Julio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo; en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia.—(Sentencia publicada el 14 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.)

90

Recurso de casación (15 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—Juicio arbitral.—No ha lugar al interpuesto por D. Narciso Curás con D. Juan Casals y hermanos (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que los recursos de casación contra las sentencias de los amigables componedores han de fundarse, según lo dispuesto en el núm. 3º, artículo 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, en haber sido dictadas fuera del plazo señalado en el compromiso, ó en haberse resuelto por ellas puntos no sometidos á su decisión.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Marzo de 1883, en el recurso de casación pendiente ante Nos, interpuesto por D. Narciso Curás y Vilardaga, presentado por el Procurador D. Manuel María Villar, bajo la Dirección del Doctor D. Enrique García Alonso contra la sentencia dictada por los amigables componedores nombrados para dirimir sus diferencias con los hermanos D. Juan, D. Francisco, D. Tomás, D. José y Don

Ramón Casals y Curás, representados por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, dirigido por el Licenciado D. José Gallostra:

Resultando que los hermanos D. Juan, D. Francisco, D. Tomás, Don José y D. Ramón Casals y Curás de una parte, y de otra D. Narciso Curás y Vilardaga otorgaron escritura pública en la villa de Berga en 5 de Abril de 1877, en la que haciendo presente que entre ambas partes pendía cuestión promovida por los primeros en el concepto de sucesores de los bienes de su madre Doña Isabel Curás y Font, con el fin de que el segundo dimitiera y les hisiese entrega de cuantos bienes detentaba, dejados por el difunto D. Pedro Curás y Font, de procedencia de su madre Doña María Teresa Font y Sellas, con todos los frutos percibidos y podidos percibir desde la muerte de dicho D. Pedro Curás, y que habían convenido en someter tales diferencias y cuestiones al juicio y resolución de amigables componedores, manifestaron que libre y expontáneamente elegían y nombraban para tal cargo los hermanos Casals á D. Ramón Pujol y Tomás, vecino de aquella villa de Berga, y D. Narciso Curás á D. Sebastián Bach y Vicoy, vecino de Oristá, y para el caso de discordia á D. Luciano Rivera y Aguilar, vecino de Solsona, á fin de que sin sujeción á formas legales y según su saber y entender, oídas las pretensiones de los interesados, admitidos los documentos y demás pruebas en que se apoyaban y examinando todo lo necesario, dirimieran y decidieran las indicadas diferencias, determinando y fijando si D. Narciso Curás y Vilardaga debía ó no dimitir y hacer entrega á los hermanos Casals y Curás de los mencionados bienes dejados por el difunto D. Pedro Curás y Font, de procedencia de su madre Doña María Teresa Font y Sellás, con los frutos percibidos y podidos percibir desde la muerte de D. Pedro Curás, con lo demás que creyeran procedente como accesorio ó en consecuencia de la resolución que dictasen, la cual debería ser pronunciada por los dos primeros dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha en que el último de ellos aceptase el cargo, y por el tercero en su caso dentro del plazo de otros dos meses, que se contarían desde la notifición de la discordia y aceptación del cargo por dicho tercero; declarando por último que para todo lo relativo á la ejecución de este compromiso, bien fuesen las diligencias de aceptación de los amigables componedosres, la notificación del disentimiento ó discordia entre éstos al tercero, la aceptación de éste, la autorización de lor laudos ó decisiones arbitrales que dictasen dichos amigables componedores, solos ó juntos con el tercero, y la notificación de tales decisiones convenían en facultar á todos y cualesquiera de los Escribanos del Juzgado de Berga, del de Vich, del de Manresa, del de Solsona y de cualquiera otro que conviniera:

Resultando que en 24 de dicho mes de Abril fué notificado por el Notario D. Domingo Corominas, ante quien se había otorgado aquella escritura, á D. Ramón Pujol y Tomás el nombramiento de amigable componedor, hecho á su favor por los hermanos Casals, que aceptó, y en 20 del mes de Julio del mismo año 1877 comparecieron ante dicho Notario los dos amigables componedores D. Ramón Pujol y Tomás y D. Sebastián Bach y Vicoy, é hicieron presente que se hallaban discordes y que había llegado por tanto el caso de hacer saber al designado como tercero su nombramiento para que en unión de ellos concurriera á dictar el fallo arbitral:

Resultando que en la ciudad de Barcelona con fecha 9 de Marzo de 1872, fué notificado por el Notario Corominas á D. Luciano Rivera y

Aguilar el nombramiento de tercero, hecho á su favor y la discordia habida entre los dos nombrados en primer lugar; y en el mismo día comparecieron ante dicho Notario los tres amigables componedores y dictaron su laudo, formado por el voto, conforme y unánime del tercero con D. Ramón Pujol y Tomás, declarando que D. Narciso Curás y Vilardaga debe dimitir y hacer entrega á los hermanos Casals y Curás de tres cuartas partes de los bienes que le fueron dejados por el difunto D. Pedro Curás, es decir, de los que fueron adjudicados á dicho D. Pedro Curás y á su hermano D. José por la sentencia del mes de Agosto de 1846, con restitución de tres cuartas partes de los frutos de dichos bienes, á contar desde el día 14 de Junio de 1876, en que se celebró acto de conciliación, conviniendo otorgar el compromiso ó amigable composición, pudiendo D. Narciso Curás retener la cuarta parte restante de tales bienes y de los frutos percibidos desde la indicada fecha, así como todos los frutos percibidos anteriormente á 14 de Junio de 1876 por deberle considerar poseedor de buena fe:

Resultando que consta de certificación expedida por el Archivero de protocolos del distrito de la Audiencia de Barcelona que de los del Notario que fué de aquella ciudad D. Domingo Corominas, correspondientes á los años de 1877 y siguientes, no aparecía que se hubiese hecho saber á D. Sebastián Bach y Vicoy el nombramiento de amigable componedor, hecho á su favor en la escritura de compromiso de 5 de Abril de 1877, ni que se hubiese notificado á D. Narciso Curás Vilardaga la discordia en que los amigables componedores D. Ramón Pujol y Tomás y D. Sebastián Bach y Vicoy se declararon en 20 de Julio del mismo año 1877 ante el propio notario Corominas.

Resultando que con certificación del laudo arbitral, copia de la escritura de compromiso y de los demás antedentes referidos, y acreditando con el resguardo correspondiente haber hecho el depósito de 1.000 pesetas interpuso D. Narciso Curás y Vilardaga recurso de casación fundado en los dos motivos siguientes:

1° En la primera de las causas señaladas en el art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea en haber sido dictado el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso, puesto que desde 20 de Julio de 1877 en que se declararon en discordias los primeros nombrados hasta 9 de Marzo de 1882 en que se reunieron con el tercero para dictar sentencia, habían trascurrido más de cuatro años y medio, y eran sólo tres meses los concedidos á los amigables componedores D. Ramón Pujol y D. Sebastián Bach para dictar su resolución ó fallo, con lo cual resultaba infringida la ley 27, tít. 4°, Partida 3ª, así como porque el laudo fué dictado en la ciudad de Barcelona, á pesar de que dicha ley dispone que no habiéndose señalado á los avenidores lugar en que debieran resolver las cuestiones sometidas á su decisión, debían haberlo hecho en la misma villa ó lugar en que se celebró el compromiso; resultando además infringida la ley del pacto por haberse dejado de oir y de recibir al recurrente las razones, documentos y pruebas en que se apoyaba su derecho;

Y 2° En la causa expresada en el núm. 3° del mismo artículo 1691, porque en la escritura de compromiso se confirió poder á los amigables componedores para resolver sobre la dimisión y entrega únicamente de los bienes dejados por D. Pedro Curás y Font, de procedencia de su madre Doña María Font y Sellás, pero no sobre dimisión de otra procedencia ni tampoco de los adjudicados al hermano de D. Pedro D. José Cu-

rís, del que ni de sus bienes se hacía siquiera mención en la escritura de compromiso infringiéndose por ello la misma ley citada en el anterior motivo y la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1864:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo M. Sagasta:

Considerando que los recursos de casación contra las sentencias de los amigables componedores han de fundarse, según lo dispuesto en el núm. 3°, art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, en haber sido dictadas fuera del plazo señalado en el compromiso, ó en haberse resuelto por ellas puntos no sometidos á su decisión:

Considerando que la sentencia recurrida no se encuentra en ninguno de estos casos, motivos los dos como de casación alegados por el recurrente; antes por el contrario las fechas y letra de la propia sentencia, las de la escritura de compromiso y las de aceptación y notificación de la discordia por los amigables componedores, están demostrando que la primera se ha dictado dentro del plazo marcado en la segunda, sin que se hayan resuelto otros ni más puntos que los que por el compromiso han sido sometidos á su decisión:

Considerando por tanto que los amigables componedores se han ajustado estrictamente en el desempeño de su cometido al compromiso y á la ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracció de ley interpuesto por D. Narciso Curás y Vilardaga, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituído, que se distribuirán con arreglo á la ley.—(Sentencia publicada el 15 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Agosto del mismo año.)

91

Recurso de casación (16 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.* —RECLAMACIÓN DE BIENES.—No ha lugar al interpuesto por D. José Pagés con Doña María Rosa Dalmáu y otros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que la Constitución única, tít. 2°, libro 5°, volumen 1° de las vigentes en Cataluña, y la doctrina del Tribunal Supremo que declara nulo, de ningún valor é irrito* ipso jure *el instrumento que se otorgue por los hijos á favor de los padres, ó por cualquiera otra persona á favor de cualquiera otro en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hechos por los padres á sus hijos ó cualquiera otros en tiempo de bodas; se refieren á las retrodonaciones ó cesiones que hagan los donatarios á favor de los donantes, ó de otro en su nombre, de todo ó parte de lo donado en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hecha en tiempo de bodas; declarando nulos los instrumentos que las contengan para evitar los fraudes que con frecuencia se cometían, y por consiguiente no son aplicables cuando sólo se trata de la nulidad ó validez de un convenio celebrado para dividirse la herencia del padre y abuelo respectivamente de los contratantes:*

2° *Que según tiene declarado este Tribunal Supremo, el recurso de casación ha de fundarse en las infracciones de ley ó de doctrina legal que se refieran á la parte dispositiva de la sentencia, y no en que sean impertinentes é inaplicables al caso del pleito las que se citen con más ó menos oportunidad en los fundamentos ó parte expositiva de la misma;*

3° *Que las cuestiones que no han sido objeto de discusión en el pleito no pueden serlo después del recurso de casación:*

4° *Que la ley 12, tit. 11, Partida 5ª, y la doctrina del Tribunal Supremo según la que faltando la condición, no tiene ningún valor ni efecto el pacto que de ella depende no tienen aplicacion si no resulta que fuese condicional el convenio de que se trata;*

Y 5° Que conforme al núm. 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que pueda haber lugar al recurso de casación por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es necesario que esto resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Marzo de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Figueras y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. José Pagés y Bataller, propietario, vecino de dicha ciudad de Figueras, con Doña María Rosa Dalmáu, viuda de D. Vicente Pagés Portell, vecina de Cobanas, por sí y como legítima representante de sus hijos José, Dolores y Antonia Pagés y Dalmáu, y Doña Carmen Prim, viuda de D. Joaquín Pagés y Portell, vecina de Perelada, por sí y en representación de sus hijos D. José y Doña Antonia Pagés, sobre reclamación de bienes; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Pagés y Bataller por el Procurador Don Federico Grases, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Reger; habiendo representado y defendido á las demandadas ante este Tribunal Supremo el Procurador D. Félix Bazán y el Licenciado D. Francisco Pi y Margall:

Resultando que D. Jerónimo Roque Pagés otorgó testamento en 15 de Mayo de 1698, en el que instituyó por heredero universal á su hijo primogénito, y á falta de éste á sus hijos y descendientes, con preferencia del mayor al menor y de los varones á las hembras; añadiendo que terminada esta línea sucedieren los demás hijos en igual forma: y expresó que era su voluntad que la herencia y bienes se conservasen perpetuamente, pasando de unos á otros con el orden de primogenitura que tenía establecido:

Resultando que con ocasión del matrimonio de D. José Pagés Carbonell, descendiente en quinto grado del testador, con Doña Antonia Portell y Aguer, se celebraron capitulaciones matrimoniales en 14 de Febrero de 1802, en las que se estipularon dos heredamientos, el uno por el padre y abuelo de D. José Pagés en favor de éste y de sus descendientes por línea recta hasta el infinito, no todos juntos, sino uno después de otro, de grado en grado, con preferencia de los varones á las hembras y con derecho de primogenitura, consistente en el universal patrimonio de Pagés y Roque de Cábanas, y en todos y cada uno de los bienes de los icdicados padres y abuelo; y el otro heredamiento, otorgado por la madre de Antonia Portell, á quien donó todos sus bienes y derechos universales, y después de su muerte á sus hijos y sucesores de sangre, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varón á la hembra:

Resultando que D. José Pagés Carbonell falleció sin hacer testamento en 15 de Junio de 1860, dejando cuatro hijos, el mayor de los cuales, llamado Andrés falleció dejando seis hijos: que por no existir testamento convinieron los hijos de José Pagés con los del difunto Andrés en dividir la herencia en cuatro lotes, uno para éstos y los tres

restantes para los tres hijos del José: que sin embargo acudieron al Juzgado de Figueras en 23 de Julio de 1862, solicitando que después de oir la opinión de tres Letrados, se les otorgara autorización para formalizar dicho convenio, toda vez que en el mismo intervenían menores de edad: que emitido dictamen por los tres Letrados designados, quedó paralizado el expediente en tal estado sin haber recaido la aprobación judicial del mencionado convenio, y esto no obstante, cada uno de los referidos interesados tomó posesión de los bienes comprendidos en el lote que le correspondiera en suerte:

Resultando que 14 años después, ó sea en 30 de Mayo de 1876, Don José Pagés Bataller, entonces hijo mayor del citado Andrés, interpuso demanda contra Doña María Rosa Dalmáu, Doña Juana Cortada y Doña Carmen Prim, como derecho-habientes de los hijos de Pagés Carbonell, llamados Vicente, Pablo y Joaquín, con pretensión de que se declarase nulo el anterior convenio con el que se le había lesionado enormísimamente, y que se condenase á las demandadas á que le entregasen los bienes que detentaban, procedentes de los patrimonios de Roque Pagés y Portell, con los frutos producidos y podidos producir, y las costas; ofreciendo abonar las cantidades que por legítima les correspondiese:

Resultando que por escritura de 19 de Julio de 1878, Doña Francisca Cortada, una de las demandadas, transigió con D. José Pagés Bataller, haciéndole donación de cinco fincas con reserva del derecho de usufructuarlas durante su vida y de conceder en enfiteusis una de ellas, por lo que al solicitar Pagés Bataller en escrito de 24 de Diciembre de 1879 que Doña Rosa Dalmáu y Doña Carmen Prim fuesen citadas y emplazadas para que compareciesen á contestar su anterior demanda, desistió de dirigir su acción contra Doña Francisca Cortada:

Resultando que Doña María Rosa Dalmáu y Doña Carmen Prim, en el concepto de usufructuarias de los bienes que se le pedían y en representación de sus menores hijos, solicitaron que se les absolviese de la demanda, alegando la excepción de pedir sin derecho ni acción y subsidiariamente la plus petición en cantidad; exponiendo, entre otras consideraciones, que la vinculación ordenada por D. Jerónimo Roque en Mayo de 1698 sólo pudo continuar hasta el decreto de Cortes de 27 de Octubre de 1820, restablecido por el de 30 de Agosto de 1836: que el padre de José Pagés Carbonell había muerto en 15 de Junio de 1842, teniendo por consecuencia libre la mitad de los bienes vinculados; y muerto aquél en 15 de Julio de 1860, adquirió en clase de libre la otra mitad del vínculo, según el citado decreto, que la donación otorgada por Anrrés y Vicente Pagés á favor de su hijo y nieto José, fué del todo inútil con respecto á Andrés Pagés, que no podía disponer de los bienes de Jerónimo Roque, y en lo referente á Vicente Pagés sólo hubiera podido ser eficaz en la mitad de los bienes de Roque que había adquirido como libre: que dicha donación, hecha por razón del matrimonio de José Pagés con Antonia Portell, contenía otros vínculos ó fideicomiso perpetuo, y en tal hipótesis fué nula de toda nutilidad, á tenor de la Real pragmática de 14 de Mayo de 1789; debiendo en virtud de esta disposición y de otra de 6 de Noviembre de 1830 para la mitad libre del vínculo de Roque que había adquirido Vicente Pagés á los sucesores abintestato de éste, que era su hijo José Pagés Carbonell: que Antonia Portell había hecho testamento en 9 de Agosto de 1860, nombrando herederos á sus hijos Vicente y Joaquín y á su nieto José Pagés Cortada, con la cláusula de que legaba á los otros seis nietos, hijos de

Andrés, lo que por derecho les correspondiese: que el convenio sobre división de bienes entre los sucesores abintestato de José Pagés Carbonell, había sido estipulado por el demandante siendo ya mayor de edad, disfrutando con sus hermanos desde 1862 de los bienes comprendidos en la correspondiente lote, sin que los menores de edad hubiesen hecho reclamación alguna ni aun en el período del cuadrienio legal que Vicente Pagés y Bataller fué primogénito con respecto al demandante habiendo aquél fallecido en 1871, después de muerto ya su común padre Andrés y su abuela Antonia Portell: que desde la referida división de bienes acordada entre los sucesores abintestato de D. José Pagés, el Joaquín Pagés y Portell había hecho importantes mejoras en el lote que le correspondió, y que no podía decirse que los sucesores de dicho Joaquín ni los de su hermano Vicente Pagés y Portell hubiesen poseído sin título cuando lo tenían suscrito por el mismo demandante:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes, reproduciendo sus respectivas alegaciones y pretensiones, se recibió el pleito á prueba, practicándose las propuestas por aquéllas, y dictada sentencia por el Juez de primera instancia fué revocada por la que pronunció la Sala primera de la Audiencia de Barcelona en 14 de Julio de 1882, absolviendo á Doña María Rosa Dalmáu, viuda de D. Vicente Pagés y Portell, por sí y como legítima representante de sus hijos José, Dolores y Antonia Pagés y Dalmáu, y Doña Carmen Prim, viuda de D. José Pagés, por sí y como legítima representante de sus hijos D. José y Doña Antonia Pagés de la demanda contra los mismos entablada por D. José Pagés y Bataller, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José Pagés y Bataller interpuso recurso de casación por conceptuar infringidos:

1º La Constitución única, tít. 2º, libro 5º, volúmen 1º de la vigente en Cataluña, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1863, las cuales declaran nulo, de ningún valor é irrito *ipso jure* el instrumento que se otorgue por los hijos á favor de los padres, ó por cualquiera otra persona á favor de cualquiera otro en disminución, delegación ó perjuicio del heredamiento ó donación hechos por los padres á sus hijos ó cualquiera otros en tiempo de bodas, porque con arreglo á las capitulaciones matrimoniales de 24 de Febrero de 1802, primero D. Vicente Pagés y Bataller, y por su muerte sin sucesión el recurrente, se encuentra en la situación de descendiente legítimo mayor y varón de D. José Pagés y Carbonell y de Doña Antonia Portell, sus abuelos donatarios; y en consecuencia todos los bienes que fueron ó pudieron ser objeto de las donaciones ó heredamientos universales otorgados en las expresadas capitulaciones matrimoniales corresponden al recurrente, y el convenio privado que limita la percepción de estos bienes á la vigésima cuarta parte es nulo por la ley y por la jurisprudencia:

2º La ley 19 del Digesto, título *De regulis juris*; la ley 19, tít. 71, libro 5º del Código; la novela 159 de Justiniano y la sentencia de 26 de Abril de 1861, todas citadas por la sentencia recurrida, por ser impertinentes las tres primeras, supuesto que carecen en absoluto de aplicación al caso presente hasta el punto de ocuparse de materia muy distinta, y la última por ser el fallo recurrido abiertamente contrario á la doctrina que en ella se establece respecto de la necesidad de pedir en primer lugar la nulidad del acto ó contrato que se pretende en la demanda, y como esto se ha realizado en el presente caso, pues el recu-

rrente empezó solicitando las declaraciones de nulidad del convenio privado, y por consecuencia de la misma la restitución de los bienes indebidamente poseídos por las demandadas, no puede fundarse el fallo del recurso en la sentencia que cita sino infringiendo, como lo hace, la misma doctrina que invoca:

3° Las leyes 26, Digesto *De verborum obligationibus*, é Instituta, párrafo primero *De exceptionibus*, por cuyo precepto el error en la causa de la obligación ó contrato da al obligado una excepción perpetua para resistir su cumplimiento ó para repetir lo pagado: que la causa del convenio fué la creencia de que D. José Pagés y Carbonell y Doña Antonia Portell podían disponer libremente de sus bienes y de que los del mismo podían ser objeto de un abintestato; causa que resulta completamente falsa por existir las capitulaciones matrimoniales celebradas con motivo de su casamiento, en virtud de las cuales se estableció las personas y modo de la sucesión; y la sentencia, pues que sostiene la validez del referido convenio absolviendo de la demanda que lo combate, infringe las disposiciones legales citadas;

4° La ley 12, tít. 11, Partida 5ª y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en varias sentencias, entre ellas las de 10 de Noviembre de 1870, según la que faltando la condición no tiene ningún valor ni efecto el pacto que de ella depende; puesto que es indudable que el consentimiento más ó menos irregularmente prestado por los otorgantes del convenio en cuestión, dependía de que mereciera la aprobación judicial; y como esta condición no se realizó, quedó sin valor ni efecto legal el convenio que sin embargo la sentencia reputa válido:

5° La ley del contrato establecida en las capitulaciodes matrimoniales otorgadas en 24 de Febrero de 1802, en cuanto la sentencia niega al recurrente los derechos que en aquella se le concedieron, siendo los pactos qne contiene lícitos y usuales en el principado de Cataluña y sin haber declarado antes la nulidad ó rescisión de dichas capitulaciones, sino que por el contrario las considera válidas:

6° El error de hecho que comete la sentencia recurrida al no apreciar justificada la lesión enormísima *ultra dimidium* que sufre el recurrente en el citado convenio privado, porque si el recurrente tiene derecho á la totalidad de los bienes de D. José Pagés y Carbonell y de Doña Antonia Portell, sus abuelos, ó cuando menos á la mitad de ellos, y por el convenio no recibió más que una vigésima parte, puesto que se hicieron cuatro lotes y sólo alcanzó la sexta parte de uno de éstos, es evidente que recibió una ínfima parte de lo que debía percibir:

7° Finalmente, la infracción, que es consecuencia del error de hecho que antecede de la decretal capítulos 3° y 6° de la *empt. et vend.* y de la compraventa, pero generalmente aplicadas á todos los contratos onerosos, en virtud de cuyas leyes la lesión enormísima es causa de rescisión de las obligaciones, en cuanto la sentencia otorga validez al convenio privado de que se trata á pesar de inferirse en él aquella lesión al recurrente:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa.

Considerando que la Constitución única, tít. 2°, libro 5°, volumen 1° de las vigentes en Cataluña, y la sentencia de este Tribunal Supremo, que se citan en el primer motivo del recurso, no tienen aplicación al caso de este pleito, porque se refieren á las retrodonaciones ó cesiones que hagan los donatarios á favor de los donantes, ó de otro en

su nombre, de todo ó parte de lo donado en disminución, derogación ó perjuicio de heredamiento ó donación hecha en tiempo de bodas, declarando nulos los instrumentos que las contengan para evitar los fraudes que con frecuencia se cometían, de lo cual no se trata en este pleito, sino de la nulidad ó validez de un convenio celebrado para dividirse la herencia del padre y abuelo respectivamente de los contratantes:

Considerando que según tiene declarado este Tribunal Supremo, el recurso de casación ha de fundarse en las infracciones de ley ó de doctrina legal que se refieran á la parte dispositiva de la sentencia, y no en que sean impertinentes é inaplicables al caso del pleito las que se citen con más ó menos oportunidad en los fundamentos ó parte expositiva de la misma, por lo cual es también improcedente el segundo motivo, que se funda en este defecto:

Considerando que para los efectos del presente recurso no puede estimarse como ley del contrato, cuya infracción se alega en el quinto motivo, lo establecido en las capitulaciones matrimoniales de 1802, celebradas con motivo del casamiento de D. José Pagés y Carbonell con Doña Antonia Portell, porque cualesquiera que fuesen los derechos que en ellas concedieran al recurrente, quedaron subordinados al convenio que éste celebró en 1862 con los causantes de los demandados sobre división de la herencia de dicho D. José Pagés, cuya validez ha sido reconocida por la sentencia al absolver de la demanda en que se pedía su nulidad:

Considerando que no puede apreciarse como motivo de nulidad de dicho convenio el error en la causa de la obligación, que se alega en el tercer motivo, porque el recurrente no ha probado ni intentado probar que la causa de tal convenio fuese la creencia en que dice estaba de que D. José Pagés y su consorte Doña Antonia Carbonell podían disponer libremente de sus bienes y de que los de aquél estaban sujetos á su abintestato, ni este punto ha sido objeto de discusión en el pleito, por lo cual tampoco puede serlo del recurso de casación, y por consiguiente la sentencia no infringe las leyes del Digesto é Instituta, que se citan en dicho motivo:

Considerando que tampoco infringe por ser inaplicables al caso, la ley 12, título 11, Partida 5ª, ni la doctrina que se cita en el cuarto motivo, según las cuales el cumplimiento de los pactos condicionales depende de que se realice la condición; porque no resulta que fuese condicional el convenio de que se trata, y tampoco ha sido objeto de discusión ni de la prueba que el consentimiento de los otorgantes mayores de edad, como lo era el recurrente, dependía, según éste dispone, de que mereciera la aprobación judicial, solicitada y no resuelta hasta hoy, por lo que afectaba á los menores en él interesados, antes bien se deduce lo contrario del hecho reconocido por ambas partes de hallarse desde entonces en posesión de los bienes que respectivamente les fueron adjudicados por dicho convenio:

Considerando que conforme al núm. 7º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que pueda haber lugar al recurso de casación por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es necesario que esto resulte de documentos ó autos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, debiendo citarlos el recurrente; y como no ha llenado este requisito, y además para suponer la existencia de tal error en la apreciación de la prueba, relativa á la lesión enormísima que alegó en apoyo de su demanda, se funda solamente en la

hipótesis de tener derecho á la totalidad de los bienes de sus abuelos, ó cuando menos á la mitad de ellos, haciendo supuesto de la cuestión, lo cual no es permitido, es improcedente el sexto motivo del recurso, y no puede estimarse la infracción que como consecuencia del supuesto error de hecho se alegó en el 7º;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de Don José Pagés y Bataller, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 16 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Agosto del mismo año.)

92

Recurso de casación (16 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.* —Rescisión de una venta á pacto de retro—Ha lugar en parte al interpuesto por D. Gerónimo José de Tapia con D. Bernardo de Achaga (Audiencia de Pamplona), y se resuelve:

1º *Que como tiene declarado el Tribunal Supremo, cuando se pacta de una manera explícita que si el vendedor devuelve en cierto plazo el precio que recibió, tendrá derecho á recuperar la cosa vendida, si celebra un contrato de venta á retro y no un préstamo con pacto comisorio, prohibido por derecho:*

2º *Que la simulación y el fraude no se previenen;*

Y 3º *Que al declarar la sentencia que el demandante no ha justificado la lesión* ultra dimidium *que sufrió en los contratos litigiosos, siendo así que aunque se prescinda de la tasación pericial del valor que tenían las fincas objeto de la venta, al tiempo que ésta se verificó, y el que merecerían en la fecha de la valoración en el pleito, resulta de la escritura pública que en ella por lo menos se vendieron por* 35.000 *pesetas bienes que los contratantes estimaron en más del dobble de esta cantidad, sin que haya justificado ni intentado justificar el demandado que sea el justo precio de la cosa el que ha recibido el vendedor. conforme á lo pactado en el contrato; se infringen la ley* 114, *tit.* 18 *Partida* 3ª, *doctrina del Tribunal Supremo en conformidad con ella; los axiomas jurídicos* confesus pro judicato habetur y factu suum nemo recte impugnat; *la doctrina consignada en la ley* 16, *tit.* 22, *Partida* 3ª, *y en la jurisprudencia, á cuyo tenor las sentencias de los Tribunales deben ser conformes y ajustadas, no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino también á la manera en que facen la demanda y al averiguamiento ó prueba que es fecha sobre ella; la doctrina establecida en la ley* 19, *tit.* 22, *Partida* 3ª, *según la cual los fallos de los Tribunales no pueden estar basados en omisiones, errores de hecho, ni en supuestos equivocados ó inexactos fundamentos; las leyes* 2ª, *tit.* 1º, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, y las* 56 y 62, *tit.* 5º, *Partida* 5ª, *que estableblecen la rescisión de todo contrato en que intervenga lesión ó engaño ó en más de la mitad del justo precio, y por último, la doctrina legal que en consonancia con estas leyes tiene sancionada el Tribunal.*

En la villa y Corte de Madrid, á 16 de Marzo de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Tolosa y en la Sala de justicia de la Audencia de Pamplona por D. José de Tapia y Alguizalete, propietario y vecino del lugar de Larraul, con D. Bernardo de Achaga y Lasiain, propietario, vecino de Villabona, sobre rescisión de unas

ventas á pacto de retro, y otorgamiento de las escrituras de retroventa; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el licenciado D. Juan García Ballestero y el Procurador D. Juan Pascual García en defensa y representación de Tapia; habiendo sido defendido y representado Achaga por el Licenciado D. Enrique Ucelay y el Procurador Francisco Ejea:

Resultando que por escritura pública de 21 de Setiembre de 1878, D. Jerónimo José de Tapia, autorizado por su esposa Doña Francisca Antonia de Argaya, vendió á D. Bernardo Achaga con pacto de retroventa por el término de un año, las siguientes fincas: la casería llamada Aspide mayor ó Inso con sus pertenencias, sita en Alguiza, en cantidad de 100.000 pesetas, que se hallaba valuada en 45 408 pesetas con 23 céntimos; la casería Arpide Bersi ó Arpide Echaverri con sus pertenencias, sita en la misma villa, por 4.500 pesetas, tasada en 7.743 y 10 céntimos; la casería Ansola mayor con sus anejos, sita en Larraul, en 7.500 pesetas, apreciada en 16.588,38 céntimos; la mitad del molino llamado Olaá, sito en Alguiza, con sus pertenencias, en 2.550 pesetas, valuado en 9.295 pesetas con 44 céntimos; la mitad de otro molino llamado Errota-Berri, en Alguiza, por 2.750 pesetas, valorado en 5.757 con 20 céntimos; y la casa núm. 3 antiguo y 7 moderno de la calle de la Lechuga de Tolosa, por 9.000 pesetas, estimada en 42.610 con 60 céntimos; consignándose en dicha escritura que de las 35.000 pesetas á que ascendía el precio de la venta, tenía entregadas el comprador Achaga 25.750 para pago de la deuda contraída por Tapia y su mujer á favor del D. José Manuel de Elso, por lo cual entregaba tan sólo el resto, ó sean 9.250 pesetas, para completar el precio de las fincas:

Resultando que entre las mismas partes se otorgó otra escritura en 11 de Mayo de 1880, prorrogando el término del retroacto estipulado en la anterior á cuatro años, contados desde el 1° de Febrero del siguiente año 1881, y estableciendo además que si Tapia ó sus herederos querían recuperar sus fincas todas á la vez y no unas sin la otra, podrían hacerlo devolviendo á Achaga ó á sus derecho-habientes las 35.000 pesetas del precio de la venta en monedas de oro; pero que si dejaban pasar el término estipulado sin haber utilizado el derecho de redención, quedaría sin efecto ni valor alguno la presente escritura y en toda su fuerza y vigor la de 11 de Setiembre de 1878: que durante los cuatro años del plazo del retro percibiría Tapia la renta de las fincas vendidas, y en su compensación pagaría á Achaga 3.403 pesetas el día 1° de Febrero de 1882, y en el mismo día y mes de cada uno de los tres años sucesivos 2.450; quedando consumada la venta con el carácter de absoluta é irrevocable en favor de Achaga si Tapia dejaba trascurrir cualquiera de los indicados plazos sin satisfacer alguna de dichas cuatro anualidades; y que además si se hacía uso del retracto después de pagado el día 1° de Febrero, los retrayentes deberían pagar á Achaga además del precio de la venta la anualidad pactada para cada año cualquiera que fuese la época en que aquél se verificase:

Resultando que en escritura de la misma fecha 11 de Mayo de 1880, otorgada entre las mismas partes, vendió Tapia á Achaga otras fincas, valoradas en 60.533 pesetas con 73 céntimos por 41.250, con pacto de retro por término de cuatro años, que empezarían á correr el 1° de Febrero del siguiente año 1881; confesando Tapia que tenía recibidas de Achaga 116 pesetas, que agregadas á las 41.134 á que ascendían los gravámenes á que se hallaban afectas las fincas, componían el precio

de la venta, y pactándose que durante el tiempo del contrato percibiría el vendedor Tapia las rentas de las fincas, pero sin poder ejecutar en ellas acto alguno por el que se desmembrase en lo más mínimo, y en compensación de tales rentas abonaría á Achaga el día 1º de Febrebrero de cada uno de los años 1881 á 1884 inclusive la cantidad de 2.887 pesetas con 50 céntimos quedando consumada la venta con el carácter de absoluta é irrevocable en favor de Achaga si Tapia dejaba de satisfacerle cualquiera de dichos plazos; y que si el retracto tenía lugar antes de finalizar los cuatro años estipulados, debería pagar al vendedor el comprador, además de las 41.250 pesetas del precio de la venta, 2.887 con 50 céntimos, siempre que la redención se verificase pasado el día 1º de Febrero de cualquiera de dichos años y cualquiera que fuese también la época del año en que tuviera efecto aunque no hubiese trascurrido todo él:

Resultando que por último declararon Tapia y Achaga en otra escritura de 22 de Octubre de 1880 que por un olvido habían dejado de incluir en la anterior, no obstante estar convencido que deberían comprenderse en la venta, tres terrenos que describieron y valoraron en 215 pesetas:

Resultando que en 23 de Mayo de 1881 dedujo D. Jerónimo José de Tapia la demanda que ha dado origen á este pleito, en la que ejercitando la acción mixta solicitó se declarase que le corresponden en plena propiedad y dominio los bienes que se detallan en las anteriores escrituras, en razón á ser contratos de préstamo mutuo y no de compraventa los en ella contenidos; si á esto no había lugar, se declarasen rescindidos dichos contratos por razón de la lesión que en ellos había sufrido, y si tampoco procedía esto, se condenase al demandado Don Fernando Achaga á otorgar á su favor las correspondientes escrituras de retroventa en cumplimiento del pacto de retracto establecido en dichos contratos por ser ineficaz y nula la condición impuesta respecto á los intereses estipulados en compensación de las ventas de los bienes, y porque aun en la hipótesis de que fuese válida, no podía reconocerse subsistente, sino modificada por la novación:

Resultando que en apoyo de estas pretensiones alegó, entre otras razones, que á pesar de que en las citadas escrituras se consignó que los bienes á que las mismas se referían los enajenaba el demandante, no existieron en realidad tales enajenaciones, ni tuvo esta parte el ánimo deliberado de desprenderse de ellos, sino que aceptó por razón de su apurada situación las condiciones que le impuso D. Bernardo Achaga al hacerle los préstamos de las cantidades que se suponían precio de las ventas: que de esta aseveración era prueba irrefutable el hallarse gravados los bienes que se supone vendidos por una de las dos escrituras de 11 de Mayo de 1880 con hipotecas que ascendían á 41.134 pesetas y el estar adeudando á Achaga 25.340 pesetas que le prestó para satisfacer el crédito de D. Manuel Elso; el suponerse que dichos bienes fueron vendidos por 305.000 rs., siendo así que valían sin exageración un millón; el haberse estipulado en dichas escrituras que los bienes vendidos permaneciesen en poder del vendedor y que éste percibiera sus rentas con la obligación de satisfacer al comprador el 7 por 100 de interés anual, produciendo al demandante de renta en dinero ó especie 5.750 pesetas próximamente, y ascendiendo los intereses que debe pagar á Achaga á 6.290; el haberse estipulado también que por el mero hecho de no satisfacer el demandante el día 1º de Febrero de cada uno de los

cuatro años por que se estableció el retracto de los intereses estipulados, quedarían las ventas consumadas con el carácter de absolutas é irrevocablés, y por el último, el haberse pactado que dichas anualidades de intereses debe satisfacerlos íntegras el demandante, cualquiera que sea la época del año en que tenga lugar la redención; hechos y condiciones todas que alteran y desnaturalizan los requisitos esenciales del contrato de compraventa y del pacto de retroventa: que la desproporción que existe entre el precio en que se supone fueren vendidas las fincas y su verdadero valor, es mucho mayor aún que la que resulta de la estimación que se les dió en las mismas escrituras, porque esta estimación fué tomada de tasaciones practicadas hacía muchos años, en las que se apreciaran con una rebaja considerable, ya porque con posterioridad á dichas tasaciones había reedificado el demandante algunas caserías y hecho plantaciones de árboles de mucha importancia: que en 17 de Marzo último le había exigido Achaga en acto de conciliación que tuviese por consumadas las ventas contenidas en las dos escrituras de 11 de Mayo de 1880 y 22 de Octubre del mismo año, por haber trascurrido el día 1° de Febrero de 1881 sin que le hubiera satisfecho los intereses pactados, no obstante que el día 19 ó 20 de Enero del mismo año le había prorrogado el plazo señalado para el pago de intereses: que con posterioridad había ofrecido repetidas veces á Achaga la entrega de los capitales que recibió en calidad de préstamo y de los intereses pactados, á lo cual se había aquél opuesto: que según la jurisprudencia de este Tribunal Supremo son contrarios á la ley los contratos simulados, ó sea los celebrados con causa falsa, y son nulos y no confieren por consiguiente derechos ni pueden surtir efecto alguno legal: que según doctrina del mismo Tribunal los contratos deben calificarse por las cláusulas esenciales que comprendan, más bien que por el nombre que les den las partes, que prohibiendo la ley 12, tít. 5°, Partida 5ª, el pacto comisario, forzoso es entender prohibido por la misma el pacto que convienen los contrayentes: que no pagando el deudor los intereses del capital prestado se haga dueño el acreedor de la cosa que le sirve de garantía: que según las leyes 28 y 38, tít. 11, Partida 5ª, y sentencia de este Tribunal Supremo, son nulos y no producen efecto alguno legal los contratos en que interviene dolo ó fraude, ó son contrarios á las leyes ó buenas costumbres; y que las leyes 2ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 56 y 62, tít. 5°, Partida 5ª, establecen la rescisión de todo contrato en que intervenga lesión ó engaño en más de la mitad del justo precio:

Resultando que D. Bernardo Achaga contestó la demanda pidiendo que se le absolviera de ella y se declarara que habían quedado consumadas las ventas con el carácter de absolutas é irrevocables, alegando al efecto que en las tasaciones de bienes que se practican en la actualidad señaladamente desde la terminación de la última guerra civil, se aprecian en menos valor que antes de la guerra, porque la propiedad ha bajado de estimación: que habiéndose consignado en las escrituras con el asentimiento de ambas partes que los bienes se enajenaban por Tapia, no podía estar conforme con lo que éste decía en su demanda de que no hubiesen existido en realidad tales enajenaciones ni hubiese tenido ánimo de desprenderse de los bienes vendidos: que negaba que hubiese prorrogado al demandante el plazo señalado para el pago de la cantidad estipulada en compensación de las rentas; y que las leyes y doctrinas que el demandante invocaba en apoyo de su demenda eran

inaplicables por referirse á contratos simulados y no poder ser calificados de tales los contenidos en las escrituras de que se trata mientras no se justificase esta condición:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron ambas partes sus anteriores alegaciones, y recibido el pleito á prueba se propuso por el demandante, entre otras, la de peritos agrimensores que reconociese las fincas litigiosas y dijeran cuál era el valor que podían tener todas y cada una de ellas en las fechas en que se suponía que habían sido enajenedas; y con vista de lo expuesto por la parte contraria respecto de dicho medio de prueba, conforme á lo establecido en el art. 608 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, dictó providencia el Juzgado, declrando pertinente la prueba pericial y mandando que se practicara por tres maestros de obras, verificando el reconocimiento de las fincas que se designaban en las cuatro escrituras de autos, teniendo en cuenta el valor de la propiedad cuando se realizaron las ventas, capitalizándolo por los productos ó rentas, y haciendo extensivo su informe al demérito que hubiesen tenido las mismas por talas de árboles ó desperfectos causados por el demandante después de otorgarse las escrituras:

Resultando que los tres peritos que al efecto se nombraron cumplieron su cometido tasando cada una de las fincas por separado, tasación que en junto arrojaba una suma de 159,745 pesetas 75 céntimos, y después de ratificadas ante el Juzgado, contestaron á las observaciones que en el mismo acto les dirigió D. Bernardo Achaga que no habían capitalizado los productos á ningún tipo y se habían atenido únicamente al valor que tenían las fincas en venta en la actualidad, según las diferentes localidades: que como había fincas cuyos productos no reconocían, no habían capitalizado ninguna renta, porque la base de la renta no puede aplicarse para capitalizar la finca, sino viceversa, del valor de la finca puede deducirse la renta: que por gastos de administración y reparaciones no habían hecho ningún descuento, y que creían que las fincas que habían reconocidó podían venderse por el precio porque figuraban:

Resultando que el Juez de primera instancia de Tolosa dictó sentencia absolviendo de la demanda á D. Bernardo Achaga y declarando que habían quedado consumadas las ventas con el carácter de absolutas é irrevocables y que son de oficio los honorarios que cargan los peritos por sus trabajos de medición y valoración de las fincas objeto de este pleito, y la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona, en sentencia de 16 de Junio próximo pasado confirmó la anterior en cuanto absolvía de la demanda á D, Bernardo Achaga y declaraba que habían quedado consumadas y con carácter de irrevocables las ventas hechas á éste por Tapia, y la revocó respecto á los honorarios de los peritos, declarando que en cuanto á su legítima percepción las partes podían usar de su derecho en el juicio correspondiente:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas interpuso D. Jerónimo José de Tapia recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1° En haber sido infringida la doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo en numorosos fallos, entre otros en los de 28 de Junio de 1860 y 1° de Julio y 13 de Octubre de 1880, de que la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación no puede tener aplicación sino cuando se impugna el contrato por falta de solemnidades externas,

pero de ningún modo cuando los interesados se hallan conformes en su existencia y cuestionan sobre la extensión, valor y eficacia de las obligaciones contenidas en el mismo, toda vez que no obstante no haber sido jamás impugnados por el recurrente los contratos de que se trata en este pleito por falta de solemnidades externas, sino por causas y fundamentos que atañen á la esencia misma de sus circunstancias intrínsecas y que afectan á su verdadero carácter legal, ó la naturaleza y extensión de los efectos jurídicos que deban producir y á la eficacia ó nulidad de algunas de sus principales cláusulas, resuelve la sentencia recurrida tan graves cuestiones, que tocan al fondo y no á la forma, por la prescripción contenida de la referida ley recopilada, infringiéndola al hacer aplicación de ella al caso de autos:

2° Porque al declarar la Sala sentenciadora irrevocablemente consumadas las ventas hechas por Tapia al demandado, dando por lo mismo á los contratos en cuestión la calificación de compraventas en vez de la de préstamos mútuos, como se pidió en la demanda, fundándose para ello no en que tal calificación sea la que á dichas estipulaciones corresponda según su naturaleza y condiciones esenciales, sino en que los interesados les atribuyen tal calidad, se infringe también por su indebida aplicación la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación y el principio de derecho de que lo establecido en los contratos es ley para los contratantes, y además la doctrina legal sancionada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Enero de 1859, 25 de Abril de 1867 y 2 Julio de 1872 de que los contratos deben calificarse por el contenido de sus cláusulas esenciales más bien que por el nombre que le dieron las partes:

3° En que resultan también infringidas la ley 28, tít. 5°, Partida 5ª, que establece la tradición ó entrega real de la cosa vendida como requisito esencial de toda compraventa y como obligación principal é inexcusable de todo vendedor, y la ley 42 de los mismos títulos y Partida, referente á las compraventa á carta de gracia: que al obligar al comprador en cumplimiento del pacto de retro á tomar la cosa en todas guisas al vendedor por el mismo precio que éste á su vez recibió por ella, hace consistir taxativamente este contrato en la recíproca devolución cierta y efectiva de la cosa comprada y de su precio, lo cual implica y presume la previa entrega de uno y otro al tiempo de su otorgamiento; por cuanto se califican en la sentencia recurrida los contratos litigiosos de verdadera compraventa, no obstante que por ellos no contrajo el recurrente la obligación de entregar los bienes al comprador Achaga, sino de una manera puramente mediata y subsidiaria, en tanto en cuanto dejara de pagarle el rédito anual fijo estipulado sobre las cantidades que de él recibió, ó no le devolviera dichas sumas con sus intereses antes del 1° de Febrero de 1884, puesto que se pactó expresamente que mientras el recurrente pagase á Achaga la renta anual convenida, conservaría en su poder las fincas en cuestión y seguiria haciendo suyos los frutos de ellas:

4° Porque al declarar la sentencia consumadas las ventas en cuestión con arreglo al contrato, por haberse pactado en él expresamente que tal consumación tendría lugar con carácter de irrevocable, en el hecho de dejar de satisfacer al recurrente los intereses convenidos, como acontectó respecro de los que debió pagar el día 1° de Febrero de 1881, se infringe la ley 42, tít. 5°, Partida 5ª, citada en el anterior motivo; porque á su tenor, el derecho de cualquier vendedor á retraer los

bienes que hubiese vendido á carta de gracia, sólo puede extingirse legalmente por la de no devolución del precio al comprador el tiempo estipulado, pero no por falta de pago de intereses de dicho precio, que sobre ser un accidente ó condición manifestante opuesto á la naturaleza de esta clase de contratos, dejaría pendiente la resolución de los respectivos derechos de las partes del cumplimiento de una condición resolutoria. esencialmente distinta de la taxativa que autoriza la ley citada, única aplicable á esta clase de compraventas:

5° En haber sido infringidas la ley 40, tít. 11, Partida 5ª, que manda que se tenga por engañoso ó simulado y non se guarde aquel pleito ó postura por el cual aquel que presta los dineros en verdad toma por ellos algún heredamiento en peños ó face muestra de fuera que aquel que gelo da á peños que se lo ven de faciendo en de facer carta de vendida, la doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo de sentencias de 31 de Octubre de 1865 y 26 de Mayo de 1866, que declara que los contratos simulados son contrarios á la ley y no confieren derechos ni pueden surtir efectos civiles; la ley 38, tít. 5°, Partida 5ª, que en su primera parte, *a contrario sensu* interpretada, declara nulas las estipulaciones que vendedor y comprador convengan, si son contrarias á la moral ó á las leyes; la 28, tít. 11, Partida 5ª, cuya última parte contiene igual declaración por lo que toca á toda clase de pactos; la doctrina legal que en consecuencia con estas dos últimas leyes tiene sancionada es e Tribunal Supremo en numerosos fallos, entre otros en los de 25 de Junio de 1857, 30 de Setiembre de 1864, 17 de Noviembre de 1865, 21 de Diciembre de 1866 y 9 de Abril de 1870, y la ley 41, título 5°, Partida 5ª, que declara la nulidad de la venta de bienes hecha por el deudor que sobre ellos recibió ciertas cantidades y por el precio á que éstas asciendan si no las paga á su acreedor á día señalado, en el concepto de que se califican los contratos celebrados de compraventas y se les atribuyen todos los efectos civiles consiguientes, no obstante presentar todos los caracteres de préstamos á interés, con garantía de bienes raíces, puesto que hay en ellos entrega de cantidades, réditos fijos que deben pagarse por éstas durante cierto plazo, y fincas cuya propiedad se pierde para el deudor por falta de pago de capital ó intereses:

6° Porque atribuyendo la sentencia recurrida cumplida validez y entera eficacia al pacto contenido en las escrituras de que se trata, referente á los intereses anuales que el recurrente se obligó á pagar á Achaga, confiere á éste por la falta de pago de dichos réditos la irrevocable propiedad de los bienes que garantizaban préstamos é intereses, infringe en su espíritu, en sus fundamentos y en sus fines la ley 12, tít. 13, Partida 5ª, que prohibe el pacto comisorio, ó sea aquél por el cual el deudor otorga que si no quitase á día señalado el peño ó garantía que hubiese dado á su acreedor, sea de éste en adelante ó sea suyo comprado; la ley 41, tít. 5°, Partida 5ª antes citada, que prohibe lo mismo con declaración de nulidad de tal pacto y de tal venta; la regla de derecho: *ubi eadem est ratio eadem juris dispositio esse debet*; y las mismas leyes y doctrinas legales citadas en el anterior motivo, que declaran la nulidad de los pactos contrarios á la moral ó al derecho:

7° Porque prescindiendo de los anteriores motivos y admitiendo respecto de la segunda de las escrituras de 11 de Mayo de 1880, ó sea de la otorgada con relación á la de 11 de Setiembre de 1878, que el contrato en ella celebrado fuera una verdadera compraventa á carta de

gracia, se incurre en la sentencia, al desestimar la lesión enormísima alegada en la demanda para obtener la rescisión de dicho contrato, en un error de hecho que consiste en entender y declarar que en el juicio pericial no resulta acreditado el valor de los bienes del recurrente al tiempo de su supuesta enajenación, á pesar de constar lo contrario del dictamen y diligencia de ratificación de los peritos, ó sea de actos auténticos que evidentemente demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador, y en un error de derecho, que consiste en no apreciar como prueba plena y acabada de la realidad de la lesión la contenida en documentos públicos sin tacha ni vicio legal de ningún género, como lo son las citadas escrituras de 11 de Setiembre de 1878 y 11 de Mayo de 1880, en la segunda de las cuales reconoció el demandado expresamente que las fincas á que ambos se refieren valían 127.402 pesetas 95 céntimos, cuya mitad excede en 26.701 con 47 céntimos al precio que por ellas se dió;

Y 8º Porque al apreciar las pruebas que se refieren á dicha lesión, se han infringido la ley 114, tít. 18, Partida 3ª, según la cual las dos escrituras citadas que determinan el valor de las fincas en las fechas de las mismas, constituyen plena prueba de la existencia y enormísima cuantía de la lesión que en ella sufrió el recurrente; la doctrina legal establecida en su consonancia por este Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Junio de 1852 y 20 de Febrero de 1866; los axiomas jurídicos *confesus pro judicato habetur factu suum nemo recte impugnat*; la doctrina consignada en la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, y en las sentencias de casación de 26 de Mayo de 1866 y 9 de Abril de 1867, á cuyo tenor las sentencias de los Tribunales deben ser conformes y ajustadas, no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino también á la manera en que facen la demanda y al averiguamiento ó prueba que es fecha sobre ella; la doctrina establecida en la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, y en las sentencias de este Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1857, 26 de Setiembre de 1862 y 28 de Marzo de 1863, según la cual los fallos de los Tribunales no pueden estar basados en omisiones, errores de hecho, ni en supuestos equivocados ó inexaclos fundamentos; las leyes 2ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y las 56 y 62, tit. 5º, Partida 5ª, que establecen la rescisión de todo contrato en que intervenga lesión ó engaño en más de la mitad del justo precio, y por último, la doctrina legal que en consonancia con estas leyes tiene sancionada este Tribunal en sentencias de 11 de Diciembre de 1863, 12 de Febrero y 26 de Abril de 1875 y 26 de Abril y 20 de Octubre de 1880:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas citadas por el recurrente, haciendo supuesto de la cuestión en los seis primeros motivos del recurso, porque como tiene declarado este Tribunal Supremo, cuando se pacta de una manera explícita que si el vendedor devuelve en cierto plazo el precio que recibió, tendrá derecho á recuperar la cosa vendida, se celebra expresamente un contrato de venta á retro y no un préstamo con pacto comisorio, prohibido por derecho; y en el caso de autos, los contratantes Tapia y Achaga significaron en términos precisos la resolución de vender el primero y comprar el segundo con aquella condición, por más que al señalar el tiempo dentro del cual el vendedor podría retraer las fincas y estipular acerca de su administración interina y aprovechamiento de sus productos establecieron otras condiciones lícitas que no afectan á la naturale-

za y esencia del contrato inscrito en el Registro como de venta á retro, y anotado marginalmente después en el mismo concepto, previo expediente gubernativo resuelto por la Dirección general de los Registros, con audiencia de las partes, puesto que la simulación y el fraude no se presumen, y la Audiencia sentenciadora declara con vista de las pruebas que no se han justificado tales vicios:

Considerando que la Sala sentenciadora en la apreciación de las pruebas ha incurrido en los errores de derecho y de hecho que se señalan en los motivos 7° y 8°, é infringido las leyes en ellas citadas al declarar que el recurrente no ha justificado la lesión *ultra dimidium* que sufrió en los contratos litigiosos, puesto que aunque se prescinda de la tasación pericial del valor que tenían las fincas objeto de la venta, al tiempo que ésta se verificó, y el que merecían en la fecha de la valoración en el pleito, resulta de la escritura pública de 11 de Setiembre de 1878 que en ella por lo menos se vendieron por 35.000 pesetas bienes que los contratantes estimaron en más del doble de esta cantidad, y no ha justificado ni intentado justificar el recurrido que sea el justo precio de la cosa el que ha recibido el vendedor, conforme á lo pactado en el contrato;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jerónimo José de Tapia respecto á los motivos 7° y 8° en cuanto hacen relación á la escritura de 11 de Setiembre de 1878, y que no ha lugar á dicho recurso respecto á los demás motivos en que se funda; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 16 de Julio próximo pasado dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona en cuanto por ella se desestima la pretensión deducida en la demanda encaminada á que se declare rescindido el contrato contenido en la escritura pública de 11 de Setiembre de 1878 por razón de la lesión *extra dimidium* que en él sufrió el demandante; y devuélvase al recurrente el depósito que tiene constituído.—(Sentencia publicada el 16 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Agosto del mismo año.)

93

Recurso de casación (17 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE PESETAS.—No há lugar al interpuesto por D. Domingo Ortiz de Zárate con D. Salustiano Azcúnaga (Aud. de Madrid), y se resuelve:

1° *Que estando confeso el demandante, recurrente, como lo está, de los diversos créditos comprendidos en la reconvención, es inconducente de todo punto el afirmar que debe ser absuelto el que no confiesa, y que la* conoscencia *constitutiva de prueba ha de ser explícita y no limitada á un solo extremo de la demanda, por lo que la sentencia que lo condena al pago de lo pedido en la reconvención, no infringe la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual si el demandado no confiesa que debe lo que se le pide, la absolución de la demanda no infringe las leyes 2ª y 4ª, tít. 13 de la Partida 3ª, ni la doctrina sobre el valor en juicio de la conoscencia, y la que determina que la conoscencia, á que da la ley el valor de prueba perfecta y acabada, es la confesión judicial explícita y absoluta, y no aquella que se limita á un solo extremo de la demanda negando al propio tiempo la certeza de los demás que de una manera

individual constituía la base esencial de la acción ó excepción deducida;

Y 2º Que tampoco infringe las leyes 20 y 21, tít. 14, Partida 5ª, y la doctrina consignada de acuerdo con ellas por el Supremo Tribunal, de que para la compensación de un crédito con otro, es necesario que sea líquido; que no pueden ser compensadas las cosas ó cantidades cuando una es cierta y otra no, y que no cabe compensación cuando los créditos que tratan de compensarse no son líquidos y exigibles desde luego, como acontece cuando la cuantía del crédito depende del resultado de la liquidación, porque no ha sido objeto del litigio la pertenencia de los créditos, y porque se incurre en el vicio de tener por cierto lo que no lo es, ó sea de suponer que aquéllos no son líquidos cuando realmente aparecen tales, y no pueden perder esa condición, en el concepto de afirmar el confesante la existencia de algunos gastos sin haber determinado su importe ni haber intentado justificación alguna:

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Marzo de 1883, en el pleito pediente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Domingo Ortiz de Zárate y Landa, vecino y del comercio de Madrid, representado por el Procurador D. Felipe Ruiz de la Peña, bajo la dirección del Licenciado D. Ignacio Suárez García, con D. Salustiano Azcúnaga y Echave, de la misma ocupación y vecindad, y en su nombre el Procurador D. Eusebio Casaes y Castro, dirigido por el Licenciado D. Francisco Silvela, sobre pago de pesetas.

Resultando que Doña Rosa de Azcúnaga y Echave, consorte de Don Domingo Ortiz de Zárate, falleció sin sucesion en 6 de Diciembre de 1874, con testamento en que dejó las dos terceras partes de sus bienes á sus padres D. Celedonio y Doña María Ana y la tercera restante á su marido: que practicada la correspondiente partición y adjudicación del candal, D. Salustiano de Azcúnaga, en nombre de sus padres, y Don Domingo Ortiz de Zárate por sí, otorgaron escritura en 6 de Diciembre de 1876, declarando recíprocamente haber percibido lo que á cada uno le correspondía, dándose carta de pago y finiquito, quedando solo pendiente por consecuencia del fallecimiento de Doña Rosa entre el viudo y sus padres el resultado de la reclamación entablada en la Dirección general de Contribuciones por el exceso que del juicio se satisfizo en el impuesto; y si algo se devolviere, D. Celedonio y Doña María Ana percibirían la parte proporcional que les correspondiera después de satisfacer los derechos imputables á la herencia y pagados por D. Domingo; y para con D. Salustiano de Azcúnaga por su legado de 25.000 pesetas y el de 5.000 de su hijo D. Teodoro quedaba responsable el mismo Ortiz de Zárate:

Resultando que por escritura otorgada en Vitoria á 11 de Diciembre de 1879, D. Celedonio de Azcúnaga, viudo de Doña María Ana de Echave, cedió á su hijo D. Salustiano á cuenta de lo que pudiera corresponderle por la herencia diversos créditos, y entre ellos la mitad de la tercera parte que le correspondía próximamente de un crédito de 23.099 pesetas 10 céntimos contra la Caja económica de la provincia de Madrid, que debía satisfacer por virtud de Real orden de 16 de Setiembre de 1878, cuyas otras dos terceras partes correspondían á Don Domingo Ortiz de Zárate, esposo que fué de la difunta hija del otorgante Doña Rosa Azcúnaga; la mitad de la tercera parte que próxima-

mente le correspondía en un crédito contra la Caja del regimiento de coraceros del Rey, que ascendía á mil y pico de pesetas, sin que pudiera precisar la cantidad por no tener á la vista los documentos, cuyas otras dos terceras partes correspondían al citado D. Domingo Ortiz de Zárate, que tenía cobrado este crédito y por lo tanto debía satisfacerlo, y por último, la mitad de todos los créditos que al otorgante y su difunta esposa se adjudicaron en la testamentaría de su finada hija Doña Rosa y para cuyo cobro estaba autorizado con poder bastante D. Salustiano:

Resultando que en 11 de Junio de 1881 dedujo D. Domingo Ortiz de Zárate la demanda objeto de este pleito para que se condenase á D. Salustiano de Azcúnaga y Echave á pagar al demandante 18.004 rs. 60 céntimos ó fueran 4.501 pesetas y 15 céntimos, con sus intereses al 6 por 100 anual, importe de los géneros que le había vendido en su establecimiento de ferretería, segun aparecía de la cuenta factura acompañada con la demanda; y á cuyo pago se negaba, porque si bien reconocía la deuda, sostenía que debía ser compensada con otros créditos:

Resultando que contestado á la demanda D. Salustiano de Azcúnaga, reconoció en efecto la certeza del crédito reclamado y por el concepto indicado; pero añadió que el demandante le adeudaba la cantidad en junto de 5.619 pesetas 65 céntimos procedentes de la mitad de las 2.968 pesetas 65 céntimos por su cuenta particular y gastos adjudicados en pago de su haber á los padres del demandado en la partición de los bienes de su hija Doña Rosa, de la mitad de la tercera parte del saldo que adeudaba al regimiento de coraceros del Rey, que también le fué adjudicada en dicha partición, y que había sido cobrado por D. Domingo, y la parte que correspondía á sus referidos padres, en la suma devuelta á D. Domingo por la Caja económica de la provincia, procedente de la citada testamentaría, cuyas cantidades le habían sido cedidas por su padre en virtud de la escritura antes mencionada; que, por tanto, lejos de ser deudor al demandante de cantidad alguna, le adeudaba éste 1.118 pesetas 39 céntimos que debía abonarle con el interés de 6 por 100 desde la época en que estaba obligado á entregarla; y citando como fundamentos de derecho las leyes de la Partida que tratan de la compensación, terminó pidiendo que teniéndose por compensables los créditos referidos, que ascendían á 5.619 pesetas 55 céntimos, y teniendo en cuenta que las reclamaciones de D. Domingo sólo ascendían á 4.501 pesetas, se le condenase al pago de las 1.118 pesetas 39 céntimos de diferencia, con los intereses legales desde que debió verificar la entrega, y las costas:

Resultando que el demandante replicó que el primer crédito cuya compensación se pretendía no existía ni aparecía de la escritura de 11 de Diciembre de 1879: que según esta misma escritura el segundo crédito que se presentaba como compensable no era líquido, y que tampoco lo era según la escritura de 6 de Setiembre de 1876 el que en tercer lugar se reclamaba, por cuyo motivo no podía estimarse la compensación, no siendo exacto que se hubiera negado á liquidar con el demandado:

Resultando que recibido el pleito á prueba, el demandado absolvió posiciones, confesando era cierta la adjudicación que se hizo á los padres de su difunta mujer del crédito contra el regimiento de coraceros del Rey y del de la cuenta particular de gastos del demandante; pero que respecto al primero, para poder realizar su cobro había hecho al-

gunos gastos que debían abonarse proporcionalmente entre los interesados, y del segundo había que deducir varias partidas, entre otras las de los gastos de la última enfermedad de la esposa del declarante, estando dispuesto á su liquidación: que había cobrado el saldo del regimiento de coraceros y también la cantidad que debía percibirse de la Caja de la Administración económica; pero que respecto al primero nada le habían reclamado los demás interesados, estando pronto á entregarles su parte en la forma indicada, y en cuanto á la segunda, sus padres políticos estaban obligados á abonarle la parte que satisfizo por ellos á la Hacienda pública:

Resultando que suministradas por las partes otras puebas, el Juez de primera instancia dictó sentencia condenando á D. Salustiano Azcúnaga á pagar dentro de ocho días á D. Domingo Ortiz de Zárate 4.501 pesetas 16 céntimos que le adeudaba por géneros comprados en su establecimiento, y absolviendo á D. Domingo Ortiz de la reconvención formulada por Azcúnaga, á quien se reservaba el derecho de que se creyera asistido para que se dedujera en forma competente, sin hacer expresa condenación de costas; y que interpuesta apelación por D. Salustiano Azcúnaga, á que se adhirió D. Domingo Ortiz de Zárate por no haberse condenado á aquél al pago de intereses y costas, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte confirmó en 21 de Junio de 1882 la sentencia apelada en la parte en que dando lugar á la demanda condenaba á D. Salustiano Azcúnaga á pagar á D. Domingo Ortiz de Zárate la cantidad de 4.501 pesetas y 16 céntimos; y declarando procedente la reconvención deducida por D. Salustiano; por el resultado de la misma y compensación de cantidades con la de la demanda, condenó á D. Domingo á pagar en el término de 10 días á D. Salustiano 1.418 pesetas 39 céntimos y los intereses legales de esta cantidad, contados desde la contestación á la reconvención, revocando con ello la sentencia expresada en cuanto se absolvía á D. Domingo de la reconvención:

Resultando que D. Domingo Ortiz de Zárate interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La doctrina de este Supremo Tribunal, consignada en la sentencia de 11 de Marzo de 1877, según la cual si el demandado no confiesa que debe lo que se le pide, la absolución de la demanda no infringe las leyes 2ª y 4ª, tít. 13 de la Partida 3ª, ni la doctrina sobre el valor en juicio de la conocencia, y la sentencia de 22 de Junio de 1878, según la cual, la conocencia, á que da la ley el valor de prueba perfecta y acabada, es la confesión judicial explícita y absoluta, y no aquella que se limita á un solo extremo de la demanda; negando al propio tiempo la certeza de los demás que de una manera individual constituía la base esencial de la acción ó excepción deducida;

Y 2° Al admitir y declarar procedente la compensación cuando no existían créditos líquidos contra el reconvenido, ni constaba que D. Salustiano de Azcúnaga fuese dueño de los que mandaba compensar, las leyes 20 y 21, tít. 14, Partida 5ª, y la doctrina consignada de acuerdo con ellas por este Supremo Tribunal en las sentencias de 17 de Diciembre de 1864 y 17 y 25 de Abril de 1876, de que para la compensación de un crédito con otro, es necesario que sea líquido; que no pueden ser compensadas las cosas ó cantidades cuando una es cierta y otra no, y que no cabe compensación cuando los créditos que tratan de compensarse no son líquidos y exigibles desde luego, como acontecía cuando la cuantía del crédito dependía del resultado de la liquidación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia infringe la doctrina invocada en el primer motivo, porque estando confeso el recurrente, como lo está, de los diversos créditos comprendidos en la reconvención, es inconducente de todo punto el afirmar que debe ser absuelto el que no confiesa, y que la *conoscencia* constitutiva de prueba ha de ser explícita y no limitada á un solo extremo de la demanda:

Considerando que tampoco infringe las leyes y doctrina citadas en el segundo motivo, porque no ha sido objeto del litigio la pertenencia de los créditos, y porque del propio modo que en el primero se incurre en el vicio de tener por cierto lo que no lo es, ó sea de suponer que aquéllos no son líquidos cuando realmente aparecen tales, y no pueden perder esa condición, en el concepto de afirmar el confesante la existencia de algunos gastos sin haber determinado su importe ni haber intentado justificación alguna;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Domingo Ortíz de Zárate y Landa, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Agosto del mismo año.)

94

Recurso de casación (20 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.* —NULIDAD DE UNA VENTA.—No ha lugar al Interpuesto por D. José Ramis con D. Andrés Barceló y otros (Audiencia de Palma), y se resuelve:

1º *Que la sentencia que absuelve de la demanda de nulidad de la venta de una finca hecha por los demandados como mandatarios del demandante y en virtud de las facultades que éste le concedió, ni la doctrina que establece que la voluntad de los contratantes es la ley primera que debe respetarse, no infringe la ley del contrato ni la doctrina que se invocan en el primer motivo del recurso, ni falta á las leyes* 219, *título* 16, *libro* 50 *del Digesto* Inconventionibus contrahentium voluntas potius quam verba y Estare placuit; 98, *tít.* 17 *del mismo libro y Código*, In ambigüis orationibus máxima sententia spectanda et ejus qui eas protuliset, *y la doctrina legal establecida reiteradamente por el Supremo Tribunal, de que cuando existe contradicción en las cláusulas de un contrato, debe interpretarse atendiendo en primer tármino al fin y objeto principal que se propusieron los contratantes*:

2º *Que según tiene declarado el Tribunal Supremo no puede prosperar una demanda de daños y perjuicios si no se justifica la existencia de los mismos; debiendo estarse á la apreciación de la Sala sentenciadora sobre este particular de hecho, si no ha sido impugnada por error de hecho ni de derecho en la forma que ordena la ley*;

Y 3º *Que no son de estimar los motivos de casación que se alegan haciendo supuesto de la cuetión.*

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Marzo de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Lonja de Palma de Mallorca y en la Sala de justicia de la Audiencia de aquella ciudad por D. Jaime Ramis y Gibert, vecino de la misma, re-

presentado por el Procurador D. Antonio Bendicho, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Ucelay, con D. Andrés Barceló y Bastard, D. Elviro Sans y Masferrer, y D. Cayetano Ferragut y Capó, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, dirigido por el Licenciado D. Antonio Maura, sobre nulidad de una venta:

Resultando que en escritura de 8 de Abril de 1878, reconoció Don Jaime Ramis que había recibido de D. Andrés Barceló diferentes partidas de dinero que con sus intereses ascendían á 137.953 pesetas 99 céntimos, que se obligó á devolver tan luego como le fueran reclamadas y satisfacerle además el interés de 6 por 100 por trimestres vencidos; y que asimismo confesó que había recibido de D. Elviro Sans y Mansferrer diferentes partidas que con sus intereses ascendían á 14.150 pesetas 87 céntimos, que le pagaría tan luego como las reclamase, con los réditos al 6 por 100: que también confesó que Barceló y Sans tenían puesta su firma en diferentes pagarés juntamente con la del otorgante, reconociendo para evitar dificultades que todos los en que figurase su firma con la de cualquiera de aquéllos ó la de entrambos era deuda suya propia, hallándose por tanto en la obligación de solventar dichos documentos, y que por tanto, si cualquiera de aquéllos los hiciere efectivos, aumentarían su crédito en una suma igual á la que pagasen, así como también caso de satisfacer otros documentos privados que tenía suscritos sin la concurrencia de las firmas de los repetidos Sans y Barceló; y para garantir á éstos de todos los mencionados créditos constituyó á su favor hipoteca voluntaria sobre una fábrica de jarcias y tejidos con su terreno, edificio, almacenes y demás, sita en el término de la ciudad de Palma, y dos casas en la misma ciudad, constituyendo también el derecho de prenda sobre sus bienes no raíces, autorizando Ramis á Barcelo y Sans para que no obstante la garantía referida y á fin de que pudiese continuar el movimiento industrial de la fábrica, para que por sí ó por persona que delegasen intervinieran las operaciones industriales, autorizándoles asimismo y dándoles poder cumplido y tan amplio como fuese necesario para enajenar todos sus bienes presentes y futuros, cuando y en la forma y condiciones que estimasen convenientes, y para aplicar sus productos al cubrimiento de sus deudas, dando á dicho poder el carácter de irrevocabilidad y queriendo que subsistiera aun después de su muerte, sin que fuera obstáculo ninguna testamentaría ó abintestato ni la menor edad de sus descendientes; escritura que fué inscrita en el Registro de la propiedad en 25 de Mayo siguiente:

Resultando que los mismos otorgantes de esta escritura firmaron en 14 de Diciembre de 1878 un documento privado con dos testigos, comprometiéndose á elevarlo á documento público al requerimiento de cualquiera de ellos, por el que para completar la idea que precedió al otorgamiento de aquélla, otorgaron que en primer lugar la ratificaban en todas sus partes; en segundo, que para evitar dificultades en la intervención que á Barceló y Sans correspondía en las operaciones de Ramis, les otorgaría éste poder general para que pudieran representarle en todo lo referente á operaciones industriales y comerciales, comprometiéndose Ramis á no revocarlo sin la concurrencia y consentimiento de aquellos dos; en tercero, que Ramis se obligaba á no manejar los fondos y á no suscribir documento ni contraer obligación de ningún género, de modo que todo esto quedase á cargo exclusivo de Barceló y Sans ó de su apoderado; en cuarto, que Ramis habitaría en la fábrica

con su familia, consagrando á aquella toda su actividad, sin que por esto se entendiera modificada la escritura; en quinto, que sólo percibiría mensualmente 250 pesetas, que podrían variar Barceló y Sans según el resultado de cada balance; en sexto, que los beneficios líquidos se aplicarían á la extinción de obligaciones ó al desarrollo de la industria, según acordasen Barceló y Sans, deducido el 8 por 100 que éstos deberían percibir sin responsabilidad en caso de pérdidas; en séptimo, que Ramis debería sujetarse en un todo en lo referente á sus propiedades, deudas y créditos, industria y comercio á lo que acordasen Barceló y Sans; en el art. 8° estipularon que no quedaban estipulados ni menoscabados por este convenio los derechos que á Barceló y Sans concedió la mencionada escritura pública de 8 de Abril de aquel año; y que en el 9° y último dijeron que si Ramis en el término de un año devolviese á Barceló y Sans sus alcances y les relevase de todas las garantías que les tenían prestadas, no podrían percibir cantidad alguna de beneficios realizados, quedando sin efecto ulterior este convenio y el de la citada escritura pública:

Resultando que en cumplimiento de lo pactado en este convenio, D. Jaime Ramis confirió poder en 17 de dicho mes de Diciembre de 1878 á D. Andrés Barceló y D. Elviro Sans, y á cada uno de ellos á solas, para que pudieran cobrar todas las cantidades de dinero, frutos, géneros y efectos que se le debieran por cualquier concepto; vender, permutar ó de cualquier modo enajenar los bienes que entonces ó en lo sucesivo le perteneciese por el precio y las condiciones que bien les pareciera, para tomar y colocar dinero á préstamo y representarle en todos los asuntos y negocios referentes á la industria de jarcias y lona á que se dedicaba, para administrar todos sus bienes y para representarle en toda clase de juicios:

Resultando que D. Andrés Barceló y D. Elviro Sanz, en nombre y representación de D. Jaime Ramis vendieron por escritura de 20 de Julio de 1879 á D. Cayeno Foragut la fábrica de jarcias y tejidos anteriormente citada, con la maquinaria, útiles y efectos destinados á la fabricación, géneros existentes en dicha fábrica y otras pertenencias de Ramis por precio de 487.955 pesetas que debería tener el comprador á disposición de los vendedores luego de trascurridos 15 días, á contar desde aquella fecha, y hacerle efectivo á medida que éstos lo exigieran, cuyo precio confesaron Barceló y Sans en escritura de 13 de Abril de 1880 que habían recibido de Faragut antes del plazo estipulado en varias partidas, por lo cual, en nombre y representación de Ramis y en fuerza de los poderes que éste les había otorgado, formalizaron á favor de Faragut la oportuna carta de pago, cancelando la hipoteca constituída á su favor por Ramis sobre la precitada finca:

Resultando que antes de esto, por escritura de 25 de Agosto de 1879, D. Cayetano Faragut, D. Pedro Antonio Servera, D. Miguel Banlo y D. Miguel Salvá constituyeron y fundaron una Sociedad mercantil anónima, denominada la Industria Mallorquina, aportaron á ella Faragut el edificio fábrica, maquinaria y demás que había adquirido en virtud de la compra antes indicada; Sociedad que se declaró constituida el mismo día, figurando en ella D. Andrés Barceló y D. Elviro Sans por 70 acciones cada uno y además como individuos de la Junta administrativa:

Resultando que en 13 de Diciembre de 1879, D. Jaime Ramis demandó en acto de conciliación á Barceló y Sans para que tuvieran por

hecho el ofrecimiento y protesta de querer devolverles en el acto los alcances que acaso tuviesen contra él y relevarles de las garantías que quizá hubiesen prestado en uso de la facultad y para todos los efectos estipulados en el pacto 9º de la escritura privada de 11 de Diciembre de 1878, y que á este fin se procediese al correspondiente ajuste de cuentas y liquidaciones definitivas, haciéndoles desde luego entrega de la fábrica, á lo cual se negaron los demandados por tener un objeto muy distinto de lo que se esperaba:

Resultando que D. Jaime Ramis dedujo contra D. Andrés Barceló, D. Elviro Sans y D. Cayetano Farragut la demanda objeto de estos autos, en la que consignando los hechos que quedan referidos, pidió se declarase nula la venta de la fábrica con todas sus dependencias, géneros y existencias, y nula también la escritura en que se consignó, y como consecuencia de esta nulidad, ó aun en el caso de no ser posible, se condenase á Barceló y á Sans á que le indemnizasen de todos los daños y perjuicios que le habían irrogado y les sobrevinieran en lo sucesivo con motivo de dicha enajenación, y según fueran los resultados de la misma en su industria y privándole de los medios de pagarle sus alcances, y dejar sin ulterior efecto los convenios con ellos celebrados como de cualquiera otra clase, con imposición de las costas; alegando como fundamentos de su pretensión que quedando obligado aquel que aparezca de cualquiera manera que quiso obligarse, con arreglo á lo convenido en el art. 9º del contrato privado de 14 de Diciembre de 1878, antes de fenecer el término de un año, durante el cual si pagase á Barceló y Sans lo que les debía y los relevase de todas las garantías que tenían prestadas, habían de quedar sin efecto dichas escrituras, no podían ellos enajenar la fábrica, cuyos productos habían de quedar para él: que el mandatario que excedía de las facultades que tenía conferidas é infringía las condiciones del mandato, incurría en nulidad y se hacía responsable en todos los daños y perjuicios, responsabilidad que subsistía en toda su extensión si por cualquier motivo no pudiese anularse tales actos del mandatario: que todo contrato simulado era nulo, así como también la compra que directa ó indirectamente hacía el apoderado de las cosas del poderdante que aquel mismo enajenaba en semejante concepto; y como la venta de la fábrica mencionada hecha por Barceló y Sans como apoderados del demandante, á favor de D. Cayetano Ferragut fué simulada, pues por su medio los mismos apoderados habían tratado de hacerse dueños de la propia finca, no podía caber duda de la nulidad de semejante contrato; y que con sus actos y separándose de sus compromisos, precisaba á la persona perjudicada á demandarle en juicio, debía ser responsable de todas las costas:

Resultando que D. Andrés Barceló y D. Elviro Sans impugnaron la demanda, sosteniendo que por la escritura privada quedó ratificado el poder que en la pública se les había conferido, consignándose también que no quedaban limitados ni menoscabados los derechos que en ésta se les atribuía: que en 17 de Diciembre de 1878 Ramis les confirió poderes sin limitación alguna para enajenar sus bienes presentes y futuros á la persona por el precio y con las condiciones que bien les pareciese; y que en vista del abandono con que miraba su industria y el incumplimiento en que dejaba sus compromisos, habiéndoseles presentado una oferta de compra aceptable, que formalizó D. Cayetano Farragut, vendieron á éste, en uso de dicho poder, la fábrica y demás que aparecía de la escritura de 20 de Julio de 1878, siendo vanas palabras

los medios y esfuerzos con que decía Ramis contaba para pagarles y relevarles de las garantías que habían prestado: que darían cuenta oportunamente del ejercicio de dicho poder, como se la dieron á Ramis de la venta tan luego como lo efectuaron; no habiendo habido extralimitación de facultades ni simulación en dicha venta:

Resultando que D. Cayetano Ferragut impugnó también la demanda, sosteniendo que él compró la fábrica por un precio mayor que el que tenía en la época del traspaso; que éste tuvo lugar en virtud del poder que el demandante confirió á los vendedores con posterioridad al documento del cual se pretendía deducir la imposibilidad de la enajenación, documento en que no intervino: que el título de compra quedó incrito en el Registro de la propiedad, y segun la ley los actos ó contratos otorgados por personas que en el Registro aparecieran con derecho para ello, no se anulaban aunque después se anulara ó resolviera el derecho del otorgante en virtud de causas que no constasen en dicho Registro, y las acciones rescisorias y resolutorias no se daban contra tercero que hubiera inscrito el título de su derecho; y que no podía haber simulación de venta donde existían los hechos de consumación del contrato, la entrega de la cosa vendida, reconocida por el mismo demandante, la constitución de la obligación de pagar el precio el comprador, que constaba en la escritura de venta, y el pago de este mismo precio efectuado después, según se justificaría:

Resultando que suministrada prueba por las partes dictó sentencia el Juez de primera instancia, absolviendo á los demandados de la demanda, sin hacer especial condenación de costas: y que interpuesta apelación por el demandante, la Sala de justicia de la Audiencia de Palma la confirmó con las costas de la instancia en 1° de Julio de 1882:

Resultando que D. Jaime Ramis y Gibert interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley del contrato en relación con la 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sea la doctrina legal derivada de las sentencias de este Supremo Tribunal de 31 de Diciembre de 1857, 16 de Mayo de 1859, 12 de Diciembre de 1861, 27 de Julio de 1862, 27 de Marzo de 1863, 26 de Mayo de 1869 y otras, según la cual la voluntad de las partes es la ley primera y especial que debe respetarse y cumplirse en la materia, siendo nula la sentencia que la infringe, prescinde de ello y altera ó contraría lo convenido; toda vez que habiéndose estipulado en la cláusula 9ª del contrato privado de 14 de Diciembre de 1878 que durante el término de un año podía rescindirse y quedar sin efecto lo pactado en la escritura de 8 de Abril del mismo año si Ramis devolvía á los prestamistas el importe de sus créditos dentro de ese plazo, para lo cual quedaría al frente de la fábrica hasta su vencimiento, la sentencia absolvía de la demanda á Barceló y Sans, que sin esperar al vencimiento de ese plazo de rescisión hicieron uso indebido del poder que como más garantía habian recibido del Ramis, y vendieron la fábrica, acciones de Sociedades y todos los bienes de ésta con desprecio de lo estipulado:

2° Las leyes 219, tít. 16, libro 50 del Digesto *Inconventionibus contrahetium voluntas potius quam verba* y *Estare placuit*; la 98, tít. 17, del mismo libro y Código, *In ambigüis orationibus máxima sententia spectanda et ejus qui eas protusilet*, y la doctrina legal establecida reiteradamente por este Supremo Tribunal, entre otros fallos en los de 18 de Setiembre de 1863, 17 de Setiembre de 1866, 16 de Noviembre de

1870 y 23 de Febrero de 1871, de que cuando existe contradicción en las cláusulas de un contrato, debe interpretarse atendiendo en primer término al fin y objeto principal que se propusieron los contratantes, doctrina consignada como ley en el art. 248 del Código de Comercio y en los Código civiles modernos; toda vez que al absolver á los demandados la sentencia interpretaba el contrato de 14 de Diciembre en el sentido de quitar todo su valor á la cláusula 9ª, que permitía á Ramis continuar en su fábrica durante un año y aceptaba la interpretación contraria al verdadero fin del convenio:

3º La ley 20, tít. 12 de la Partida 5ª, que declara la responsabilidad del mandatario por sus actos y por los perjuicios que ocasionase al mandante, en relación con las leyes 5ª y 27, título 1º, libro 17 del Digesto, puesto que la sentencia absolvía de la demanda á los apoderados de Ramis á pesar de que se excedieron de un modo inconcebible de las facultades que comprendía el mandato que estaba subordinado á las estipulaciones contenidas en el contrato de 14 de Diciembre, que le dió orígen:

4º La ley 12, párrafo diez y seis, tít. 1º, libro 17 del Digesto, en relación con la doctrina legal establecidas en repetidos fallos de este Tribunal Supremo, de que el mandato cesa por la renovación expresa ó tácita del que lo otorgó; pues á pesar de haber revocado D. Jaime Ramis el mandato á D. Andrés Barceló y D. Elviro Sans, haciéndoselo saber por el acto de conciliación á que los citó en 13 de Diciembre de 1879, y más aun por la demanda origen de este este pleito que había formulado ya tres meses antes, en 9 de Setiembre, continuaron los supuestos apoderados usando de una confianza que les había sido retirada, atreviéndose á otorgar mucho después, en 13 de Agosto del siguiente año 1880, la escritura en que confesáron haber recibido en varias partidas la considerable suma de 487.955 pesetas que figuraban como precio de la fábrica, y accesorios, sin embargo de lo cual la sentencia declaraba que obraron legítimamente y les absolvía de la demanda:

5º Las leyes 1ª y 9ª, tít. 5º, Partida 5ª, que exigen para la validez de la venta que el precio sea cierto y no simulado, á la vez y en relación con ellos las leyes 1ª y 2ª, tít. 22, libro 4º del Código de Justiniano, que declaran la nulidad del contrato simulado, y la doctrina legal establecida por las sentencias de este Supremo Tribunal de 31 de Octubre de 1865, 26 de Mayo de 1866, 23 de Noviembre de 1877 y 21 de Enero de 1881, que declara esa misma nulidad en los contratos de venta en que el precio es simulado, toda vez que aquí aparecía justificado que el precio de la venta de la fábrica de jarcias no fué cierto y que aquélla fué simulada:

Y 6º El art. 33 de la ley Hipotecaria, reformada en 3 de Diciembre de 1869, puesto que siendo nula la venta de la fábrica hecha por Barceló y Sans por las razones expuestas, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de 20 de Julio de 1879 no pudo convalidar un acto que era nulo con arreglo á las leyes, sin embargo de lo cual la sentencia absolvía de la demanda al supuesto comprador:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que aunque pudiera deducirse de la cláusula 9ª del convenio privado que en 14 de Diciembre de 1878 celebró el recurrente Ramis con sus mandatarios Barceló y Sans que éstos no debieron proceder á la venta de la fábrica hasta que trascurriese el año que le

concedieron para devolverles sus alcances y relevarles de todas las garantías que le tenían prestadas, esto no osbta á la validez y eficacia de la venta que dichos mandatarios hicieron por escritura de 20 de Julio de 1879 á D. Cayetano Ferragut, en razón á que obraron en uso de las facultades que Ramis les otorgó sin limitación ni restricción alguna «para enajenar todos sus bienes presentes y futuros cuando y en la forma y condiciones que estimasen convenientes,» tanto por la escritura pública de 8 de Abril de 1878, que en el convenio privado ratificaron en todas sus partes, como por el nuevo poder que les confirió tres días después de dicho convenio, sin que se hiciera en él mención expresa de la referida cláusula 9ª ni se haya probado que tuviera conocimiento de ella el comprador; y por consiguiente, la sentencia, en cuanto absuelve de la demanda de nulidad de dicha venta, no infringe la ley del contrato ni la doctrina que se invocan en el primer motivo del recurso, ni falta á las leyes y reglas de interpretación de los contratos que se citan en el segundo:

Considerando que según tiene declarado este Tribunal Supremo no puede prosperar una demanda de daños y perjuicios si no se justifica la existencia de los mismos, cuya prueba no ha sido hecha por el actor Ramis, á quien incumbía, según apreciación de la Sala sentenciadora, y á la cuál debe estarse, porque no ha sido impugnada por error de hecho ni de derecho en la forma que ordena la ley, por lo cual y porque el fallo absolutorio sobre este punto se limita á los perjuicios pedidos en la demanda como provenientes del hecho de la enajenación de la fábrica y sus dependencias, la sentencia no infringe las leyes que declaran dicha responsabilidad, citadas en el tercer motivo:

Considerando que tampoco infringe la ley y doctrina que se citan en el cuarto, porque si bien la revocación del mandato puede hacerse expresa ó tácitamente, no tuvieron este objeto el acto de conciliación y la demanda á que se refiere dicho motivo, y la escritura que otorgaron después Barceló y Sans, confesando haber recibido el precio de la venta, fué el complemento de este acto, que verificaron en virtud de los poderes que les había otorgado el recurrente y para consignar un hecho personal de los mismos:

Considerando, por último, que son inprocedentes los motivos 5° y 6°, porque para fundarlos se hace supuesto de la cuestión, pues no se ha justificado ni resulta que fuese simulado, como se supone, el contrato de venta de20 de Julio de 1879, ni tampoco nulo por otro concepto alguno, antes bien aparece que el precio fué cierto y quedó pagado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jaime Ramis y Gibert, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que pagará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas: y líbrese á la Audiencia de Palma la certificación correspondiente con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 20 de Marzo de 1883 é inserta en la *Gaceta* de 25 de Agosto del mismo año.)

95

Recurso de casación (21 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—ABONO DE FRUTOS.—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Asprer con D. Francisco de Asprer (Audiencia de Palma), y se resuelve:

1º *Que rigiendo como rige en Mallorca el derecho romano en materia de sucesiones testadas é intestadas y de partición de herencias, según tiene declarado el Tribunal Supremo, es inoportuna la cita como único fundamento del recurso de las leyes 4ª y 5ª, tít. 14, Partida 6ª, las cuales son además inaplicables al caso del pleito, si no se trata en él de cómo ni por quién deben ser entregados al heredero los bienes de la herencia cuya entrega ya está realizada, ni de si el que los poseyó anteriormente lo hizo de buena ó de mala fe para determinar si procede el abono de frutos y mejoras, que son los puntos ó cuestiones que resuelven dichas leyes, y por consiguiente no han podido ser infringidas;*

Y 2º Que es improcedente el recurso si para fundarlo se alegan hechos y cuestiones que no han sido objeto de discusión en la primera instancia, y si el auto recurrido ha sido dictado para la ejecución de otro consentido por las partes, sin que se haya alegado que esté en contradicción con lo ejecutoriado y sin que merezca el concepto de sentencia definitiva, pues no pone término al pleito ni hace imposible su continuación.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Marzo de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de Palma de Mallorca y en la Sala de Justicia de la Audiencia de aquella ciudad, por D. Manuel Asprer y Martorell, vecino y propietario, de la misma, representado por el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Rios, con D. Francisco de Asprer y Fuster, propietario, de la misma vecindad, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, dirigido por el Licenciado D. Antonio Maura, sobre abono de frutos:

Resultando que Doña Francisca Danus y Landes falleció en 4 de Noviembre de 1826, con testamento otorgado en el día anterior. en que instituyó heredera usufructuaria á su hija Doña Juana Martorell, consorte de D. Francisco Asprer, y heredero propietario al hijo de ésta y su nieto D. Antonio Asprer Martorell:

Resultando que en 27 de Agosto de 1849 y con su testamento otorgado en 8 de Setiembre de 1843, falleció la usufructuaria Doña Juana Martorell, instituyendo heredero usufructuario á su marido y á su hijo D. Francisco, y propietario á éste último; habiendo tenido por hijos de su matrimonio además de los citados D. Antonio y D. Francisco á Doña María Antonia y D. Manuel:

Resultando que D. Antonio Asprer y Martorell falleció en estado de soltero y sin testamento en 18 de Febrero de 1831, sobreviviéndole sus padres y hermanos; y en 9 de Abril de 1849 falleció su padre, también sin testamento, teniendo á la sazón tres hijos, D. Francisco, D. Manuel y Doña María Antonia:

Resultando que Doña María Antonia Asprer y Martorell, con intervención y aprobación de su marido D. Ramón Soler, cedió y renunció por escritura de 8 de Marzo de 1867 en favor de su sobrino D. Francisco de Asprer y Fuster todos los derechos y acciones que pudieran corresponderla, así en la herencia de sus mayores como en la de su difunto hermano D. Antonio, en los bienes radicados en aquella isla, queriendo quedarse el cesionario repuesto en su lugar y derecho:

Resultando que D. Bartolomé Peña promovió un juicio ejecutivo que continuaron después D. Juan Alberti y D. Guillermo Cerdá contra

D. Francisco de Asprér y Martorell, embargándose con tal motivo las fincas denominadas Casa Valentina y Lo Ugal, que fueron de Doña Francisca Danús y Landes, con cuyo motivo D. Francisco de Asprer y Fuster promovió tercería de dominio como cesionario de su tía Doña María Antonia de Asprer y Martorell, porque á ésta había correspondido:

1° La quinta parte de los bienes de la herencia de Doña Francisca Danús y Landes, como uno de los cinco herederos abintestato de Don Francisco de Asprer y Martorell, que ya había fallecido y á quien aquella señora, su abuela, la había instituído por su universal heredero en propiedad:

Y 2° La tercera parte de otra quinta que de la misma herencia intestada del D. Antonio había correspondido á D. Francisco Asprer; é impugnada esta demanda por el curador de la herencia del ejecutado D. Francisco de Asprer y Martorell y por el ejecutante D. Juan Alberti, se declaró por ejecutoria de la Audiencia de Palma de 23 de Junio de 1870 haber lugar á la tercería de dominio en cuanto por ella se aspiraba á impedir la enajenación de las fincas embargadas, hasta que se hubiesen practicado con audiencia de todos los interesados la partición y adjudicación necesarias:

Resultando que para ello promovió D. Francisco de Asprer y Fuster el juicio de testamentaría de Doña Francisca Danús y Landes, que se tuvo por prevenido, y citados todos los interesados, se practicó el inventario, que fué aprobado judicialmente, habiéndose desestimado la exclusión de algunos de los bienes procedentes de dicha herencia:

Resultando que practicada la tasación de los bienes y nombrados contadores partidores, verificaron la liquidación de la herencia, resultando importar el haber de Doña María Antonia Asprer y por lo tanto el de su cesionario la cantidad de 122.053 pesetas 65 céntimos, para cuyo pago se le adjudicaron el predio Llenaire, la finca denominada Casa Valentina, un censo y una cantidad en metálico; fincas de que se puso en posesión á D. Francisco Asprer:

Resultando que formada después por los contadores la cuenta general de frutos de la herencia y la particular del haber por dicho concepto de Doña María Antonia de Asprer de 27 de Agosto de 1849, en que falleció su madre Doña Juana Martorell, hasta 7 de Junio de 1881, en que tuvo lugar la posesión de los bienes adjudicados, correspondió por este concepto á D. Francisco de Asprer y Fuster la cantidad de 102.432 pesetas 64 céntimos, cuya cuenta fué aprobada:

Rssultando que en su virtud D. Francisco de Asprer solicitó que con los bienes de la herencia se le pagase dentro de tercero día la expresada cantidad, bajo apercibimiento de ejecución por la vía de apremio: y el Juez lo aprobó así en providencia de 9 de Enero de 1882:

Resultando que D. Manuel de Asprer y Martorell pidió reposición de esta providencia, porque siendo personal la acción para reclamar los frutos, la responsabilidad de pagarlos no residía en los bienes, sino en las personas que los habían percibido; reposición que impugnó Don Francisco de Asprer sosteniendo que los bienes de la testamentaría eran los responsables, puesto que en ella se había ejercitado la acción de petición de herencia, que tenía el carácter de real por más que llevase envuelta como accesoria la personal para el pago de frutos:

Resultando que desestimado, con las costas, en auto de 1° de Febrero la reposición solicitada por D. Manuel Asprer, interpuso éste

apelación, y la Sala de vacaciones de la Audiencia de Palma lo confirmó, con igual condenación, en 5 de Agosto de 1882:

Resultando que D. Manuel Asprer y Martorell interpuso recurso de casación, y alegando que era un hecho fuera de controversia que los frutos producidos por los bienes adjudicados á Asprer y Fuster desde 1849, en que falleció la usufructuaria Doña Juana, los percibió el que tenía estos bienes en su poder, ó sea el hijo y heredero de aquélla Don Francisco Asprer y Martorell, padre á su vez del tercerista Asprer y Fuster, lo cual bastaba para demostrar la ilegalidad del auto en que se declaraba que de tales frutos debía responder, no la herencia del mencionado Asprer y Martorell, que fué quien los aprovechó, sino la de Doña Francisca Danús ó fueran los coherederos del tercerista Asprer y Fuster, que nada tuvieron que ver con dichos frutos ni de ellos percibieron parte alguna, citó como infringidas la ley 4ª, tít. 14, Partida 6ª, que después de establecer la obligación del Juez de mandar entregar al heredero los frutos de los bienes de la herencia, se refiere expresamente al que en su poder tuvo tales bienes como el único obligado á la devolución ó pago de tales frutos, sin que por lo tanto tuvieran esa obligación los demás coherederos, ó fuera la herencia misma á quien representaban, ya que no fueron ellos sino otra diversa persona quien tales frutos percibió, y la ley 5ª del mismo título y partida, por la que se declara que debe abonar los frutos de una herencia que se ordene devolver al legítimo heredero el que indebidamente hubiere tenido en su poder los bienes de la misma, que en el caso actual, por el hecho de la tercería para el cumplimiento de cuya sentencia se hizo necesaria la partición, estaba fuera de duda que fué el ejecutado D. Francisco Asprer y Martorell: pero no los demás coherederos del tercerista Asprer y Fuster, que á su vez tendría también derecho á reclamar de la herancia de aquél todos ó parte de los frutos de sus respectivas hijuelas:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que rigiendo como rige en Mallorca el derecho romano en materia de sucesiones testadas é intestadas y de partición de herencias, según lo tiene declarado este Tribunal Supremo, es inoportuna la cita que se hace como único fundamento del recurso de las leyes 4ª y 5ª, tít. 14, Partida 6ª, las cuales son además inaplicables al caso del pleito, porque no se trata en él de cómo ni por quién deben ser entregados al heredero los bienes de la herencia cuya entrega ya está realizada, ni de si el que los poseyó anteriormente lo hizo de buena ó de mala fé para determinar si procede él abono de frutos y mejoras, que son los puntos ó cuestiones que resuelven dichas leyes, y por consiguiente no han podido ser infringidas:

Considerando que también es improcedente este recurso, porque para fundarla se alegan huchos y cuestiones que no han sido objeto de discusión en la primera instancia, y porque el auto recurrido ha sido dictado para la ejecución de otro consentido por las partes, sin que se haya alegado que esté en contradicción con lo ejecutoriado y sin que merezca el concepto de una sentencia definitiva, pues no pone término al pleito ni hace imposible su continuación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Asprer Martorell, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Palma la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que

ha remitido.—(Sentencia publicada el 21 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

96

Recurso de casacion (21 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD É INEFICACIA DE UN LAUDO.—Ha lugar al interpuesto por Don Pedro Segret con Doña Ana María Constansó (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que la facultad que los otorgantes de la escritura de compromiso adquirieron de dejar sin efecto el laudo que dictaron los arbitradores pagando la multa convenida dentro de los tres días siguientes al en que se les enterara del mismo, constituye un derecho perfecto, fundado en el art.* 302 *de la ley de Enjuiciamiento mercantil, consiguiente al precepto del art.* 297 *de la misma:*

2° *Que el decreto ley de* 6 *de Diciembre de* 1868 *y el Real decreto de* 3 *de Febrero* 1881 *no han derogado los derechos legítimamente adquiridos ni se han referido á ellos, sino á la forma de proceder en los asuntos judiciales que se sustancian en los Tribunales; y el derecho de que un laudo pierda su carácter llenando la parte que lo pide la condición exigida en el contrato de arbitraje no puede tener el concepto de procedimiento, sino de un derecho sustantivo:*

Y 3° *Que al desconocer la sentencia recurrida el referido derecho, suponiendo que no se da contra el laudo otro recurso que el de casación en conformidad al decreto ley y demás citados anteriormente, declarándose por ello incompetente, infringe, por hacer de ella aplicación indebida, la disposición* 4ª *de las transitorias del referido decreto ley de unificación de fueros y el art.* 302 *de la ley de Enjuiciamiento, aplicable al caso de este pleito.*

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Marzo de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pedro de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Pedro Segret y Martí y en su nombre el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, bajo la direccion escrita del Licenciado D. Modesto Llorens, y en el acto de la vista del Doctor D. Manuel Durán y Bas, con Doña Ana María Constansó y Surroca, viuda de D. Narciso Saladrigas, representada por el Procurador D. Pablo Soler y Soler, dirigido en el acto de la vista por el Letrado D. José Villaseca, sobre nulidad ó ineficacia de un laudo:

Resultando que en el Tribunal de Comercio de la plaza de Barcelona entabló demanda D. Pedro Segret para que se declarase que D. Juan Saladriga se hallaba obligado á rendir cuentas de su administración en la Sociedad que con otros habían formado para la compra y venta de ganados; y sustanciado el juicio en dos instancias, la Audiencia de Barcelona dictó sentencia de vista en 20 de Junio de 1864, mandando que las partes nombrasen su respectivo árbitro arbitrador á fin de que con el tercero en su caso decidiesen la duda ó controversia suscitada acerca de si D. Juan Saladrigas se hallaba obligado á rendir cuentas de los actos de la administración de la Sociedad de que se trataba, y para que si después de rendidas se opusiere á ellas algún reparo, resolviesen también los mismos árbitros la nueva cuestión que se suscitara, hasta

que determinados los puntos en que las partes tuviesen duda ó controversia pudiera llegarse á la liquidación definitiva del haber social:

Resultando que otorgada en estos términos la escritura de compromiso en 20 de Diciembre del mismo año, los amigables componedores nombrados dictaron laudo en 2 de Marzo de 1865, declarando que Saladrigas se hallaba obligado á rendir á D. Pedro Segret en el término de 10 días las cuentas generales de la Sociedad hasta su terminación, con más la cuenta particular del propio Segret con referencia á su capital y operaciones, á fin de fijar lo que á dicho Segret correspondiera, y que rendidas dichas cuentas tuviera Saladrigas obligación de poner de manifiesto los libros de la Sociedad y los demás papeles y documentos:

Resultando que rendidas las cuentas por Saladrigas fueron inpugnadas por D. Pedro Segret, que opuso á ellas diferentes reparos, pidiendo que se remitiesen todos los documentos y datos á los amigables componedores, los cuales habían de resolver, primero, si Saldrigas había rendido cuentas con arreglo á lo mandado en el laudo de 1865, y segundo, si en caso de haberla rendido en forma resultaban fundados los reparos opuestos á ellas:

Resultando que después de varios incidentes relativos al nombramiento de nuevos amigables componedores y á otros particulares, los nombrados por las partes D. Pedro Arch, que lo fué por D. Pedro Segret, y D. Magín Corominas por Doña Ana María Constansó, viuda y sucesora de D. Narciso Saladrigas, discordaron, y el segundo en unión del amigable componedor tercero dictaron el laudo en 11 de Setiembre de 1881, declarando que Saladrigas había rendido á sus consocios las cuentas que debía y podía dar de todos sus actos, sin que debiera dar otras ni poder nadie pedírselas: que eran completamente impertinentes ó inoportunas las impugnaciones á ellas presentadas por la parte de Segret, absolviendo de ellas á la de Saladrigas, y que Segret debía satisfacer á Saladrigas 1.470 pesetas 22 céntimos que por saldo de la cuenta le reclamaba:

Resultando que contra este laudo interpuso D. Pedro Segret el recurso de nulidad y subsidiariamente el de ineficacia, consignando para la admisión de este último la multa de 5.000 pesetas, alegando que era nulo porque los amigables componedores no se habían ajustado á las facultades contenidas en el compromiso, y que con arreglo á los artículos 302 y 303 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, cualquier interesado podía dejar ineficaz el laudo, pidiéndolo dentro de tres días y pagando la multa pactada en el compromiso:

Resultando que Doña Ana Constansó impugnó esta pretensión, sosteniendo que los amigables componedores habían cumplido con su deber, siendo las únicas causas de nulidad de un laudo la de haberse dictado fuera de término ó recaer sobre puntos no sometidos á la decisión de los amigables componedores, en ninguno de cuyos casos se encontraba el de que se trataba: que el Juzgado no tenía competencia para conocer de un recurso interpuesto contra un laudo, pues con arreglo á la ley de reforma de casación civil sólo la tenía el Tribunal Supremo; y que el recurso de ineficacia subsidiariamente interpuesto era improcedente porque ante todo debía atenderse á la escritura de compromiso, que establecía que el laudo causaría ejecutoria, lo cual destruía por completo la facultad que se atribuía á Sagret fundada en disposiciones poco menos que caducadas:

Resultando que mandados con estos escritos traer los autos á la vis-

ta con citación de las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, y que apelada fué revocada por la que en 24 de Marzo de 1882 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, declarando improcedentes é inadmisibles los recursos de nulidad é ineficacia propuestos por Pedro Segret contra el laudo pronunciado por los amigables componedores en 11 de Setiembre de 1881, todo sin perjuicio de otros recursos legales que en tiempo y forma pudieran interponerse:

Resultando que D. Pedro Segret interpuso recurso de casación, alegando que al resolver la sentencia que no había podido ni debido tramitarse en el Juzgado de primera instancia el recurso de nulidad de que se trataba ni tampoco el de ineficacia subsidiariamente interpuesto, había partido de dos equivocados supuestos: primero que la dicción de ineficacia era un recurso contra una sentencia cuando era sólo una facultad para dejar sin ejecución el laudo, ó sea la aplicación de una cláusula penal para el incumplimiento de una obligación; y segundo, que la instancia termina en la amigable composición con el pronunciamienio del laudo, siendo así que la ley de Enjuiciamiento mercantil no terminaba sino con el trascurso de los tres días concedidos para dejar lo ineficaz sin instarle mediante el pago de la multa: que por tanto la Audiencia había dejado de conocer cuando tenía el deber de hacerlo, y por ello se fundaba el recurso en el núm. 6° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, aplicando equivocadamente el decreto ley de 6 de Diciembre de 1868 y el Real decreto de 3 de Febrero de 1881 é infringiendo el artículo 302 de la antigua ley de Enjuiciamiento mercantil:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache.

Considerando que la facultad que los otorgantes de la escritura de compromiso de 20 de Diciembre de 1864 adquirieron de dejar sin efecto el laudo que dictaron los arbitradores, pagando la multa convenida dentro de los tres días siguientes al en que se les enterara del mismo constituye un derecho perfecto, fundado en el art. 302 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, consiguiente al precepto del art. 297 de la misma:

Considerando que el decreto ley de 6 de Diciembre de 1868 y el Real decreto de 3 de Febrero de 1881 no han derogado los derechos legítimamente adquiridos ni se han referido á ellos, sino á la forma de proceder en los asuntos judiciales que se sustancian en los Tribunales; y el derecho de que un laudo pierda su carácter llenando la parte que lo pide la condición exigida en el contrato de arbitraje no puede tener el concepto de procedimiento, sino de un derecho sustantivo:

Considerando que al desconocer la sentencia recurrida el referido derecho de D. Pedro Sagret, suponiendo que no se da contra el laudo otro recurso que el de casación, en conformidad al decreto ley y demás citados en el considerando anterior, declarándose por ello incompetente, infringe, por hacer de ella aplicación indebida, la disposición 4ª de las transitorias del referido decreto ley de unificación de fueros y el artículo 302 de la ley de Enjuiciamiento, aplicable al caso de este pleito, citados como fundamentos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Segret y Martí, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 24 de Marzo de 1882 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona.—(Sentencia publicada el 21 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

97

Recurso de casación (24 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—INFORMACIÓN POSESORIA.—Ha lugar al interpuesto por D. Francisco de Paula Mitjans con el Ministerio fiscal en representación del Estado (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que instruído un expediente posesorio en virtud de lo dispuesto en el art. 397 *de la ley Hipotecaria en la forma y con las reglas establecidas en el* 398, *para que la oposición de que se crea con derecho á los bienes cuya inscripción se solicite mediante la información posesoria surta el efecto de suspender el curso del expediente ó la inscripción en el Registro si estuviese ya aprobado, es necesario que se formule por demanda en juicio ordinario y que dicha demanda se registre, según lo dispuesto en la regla* 6ª *del citado art.* 398.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Marzo de 1883, en el expediente de jurisdicción voluntaria de información posesoria de ciertos bienes para su inscripción en el Registro de la propiedad, seguido en el Juzgado de primera instancia de León y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por el Duque de Santoña, y por su defunción por D. Francisco de Paula Mitjans, en representación de su mujer Doña Josefa Manzanedo, hija y heredera de aquél, con el Ministerio fiscal, en repeesentación del Estado; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Procurador D. José García Noblejas, bajo la dirección del Doctor D. Francisco Durán, en representación de D. Francisco de Paula Mitjans:

Resultando que en autos ejecutivos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte por el Duque de Santoña contra D. José Ruiz de Quevedo y contra Miranda é hijos acordó dicho Juzgado, á instancia del ejecutante, que se librase exhorto al de León con objeto de que se practicase una información posesoria de los bienes que en dicha ciudad pertenecían al ejecutado Ruiz de Quevedo, y se inscribiese en el Registro de la propiedad:

Resultando que con presentación de dicho exhorto acudió el Duque de Santoña al Juzgado de León en 27 de Enero de 1879, ofreciendo información de que D. José Ruiz de Quevedo se hallaba en posesión de los talleres, edificios y almacenes situados en la zona del ferrocarril y estación de aquella ciudad, los cuales le habían sido embargados por el exponente en los autos ejecutivos; de que Ruiz de Quevedo poseía tranquila y pacíficamente dichos bienes hacía más de 10 años, satisfaciendo por contribución 1.735 pesetas 12 céntimos; y por último, de que dichos talleres, edificios y almacenes los había construído en suelo cedido por la Compañía concesionaria, á quien á su vez se lo había cedido el Ayuntamiento de aquella ciudad:

Resultando que recibida dicha información con citación del Ministerio fiscal y del Presidente del Ayuntamiento, declararon dos testigos conformes con los hechos expresados, afirmando que á Ruiz de Quevedo pertenecían en León los ocho edificios y tres pedazos de terreno que se deslindaban, los que había adquirido hacía más de 10 años por cesión de Miranda y Compañía, concesionarios de la vía férrea del Noroeste, y el Secretario de la Comisión de evaluación y repartimiento de la contribución territorial de León certificó que D. José Ruiz de

Quevedo tenía en el año de 1878 á 79 puestos á su nombre los edificios y terrenos de que se hacía mérito, por los que pagaba de contribución 1.735 pesetas con 12 céntimos, hallándose exceptuados del pago algunos de los edificois:

Resultando que el Promotor fiscal, á quien se dió vista de este expediente, pidió que se le dejase en suspenso hasta que por la Asesoría general de Hacienda se le contestase á la consulta que había elevado, por tratarse de un asunto en que se hallaba interesado el Estado; y de conformidad con las instrucciones que recibió de dicho centro administrativo, se opuso á que se aprobase la información practicada porque adolecía de vicios sustanciales, conforme á la ley Hipotecaria, protestando no consentir nada perjudicial á los intereses del Estado é interponer en su caso la demanda ordinaria:

Resultando que el Duque de Santoña insistió en su solicitud, y el Juez de primera instancia, por auto de 9 de Junio de 1879, que confirmó después, con las costas, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid en sentencia de 10 de Junio del año próximo pasado, declaró no haber lugar á aprobar la información posesoria intentada:

Resultando que previo depósito ds 1.000 pesetas en el establecimiento destinado al efecto, interpuso D. Francisco de Paula Mitjans, en rapresentación de su mujer Doña Josefa Manzanedo, hija y heredera del Duque de Santoña, recurso de casación por considerar infringidos:

1° El art 6° del Real decreto de 17 de Junio de 1877, relacionado con el art. 398 de la ley Hipotecaria, con arreglo á los que basta acreditar por declaración de dos testigos que se posee sin contradicción y que se viene pagando contribución por el inmueble, para que procedan la aprobación del afirmaeivo y la inscripción; toda vez que la sentencia recurrida no da el carácter de prueba plena á estos dos particulares llenados por el recurrente en estos autos:

2° La jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Junio de 1852, de que los hechos que uno afirma en beneficio propio y en perjuicio de tercero no pueden considerarse dignos de crédito si no se aducen otras pruebas lsgales, y la ley 16, título 22, Partida 3ª, que prescribe que el Juez falle según el averiguamiento ó prueba que es fecha sobre la cosa objeto del juicio; así como el art. 397 de la ley Hipotecaria, que limita la intervención del Promotor ó Síndico en las informaciones posesorias á procurar que se guarden en ellas las formas de la ley; porque se estima en la sentencia recurrrida la oposición formulada por el Promotar fiscal, que contradijo la probanza ofrecida por el recurrente, sin producir por su parte otra alguna que la desvirtuase;

Y 3° El citado art. 398 de la ley Hipotecaria, regla 6ª, en cuanto la sentencia recurrida admite la oposición del Promotor fiscal y niega su aprobación al informativo practicado, sin que se haya propuesto la demanda ordinaria como medio hábil para suspender aquella aprobación;

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que instruído un expediente posesorio en virtud de lo dispuesto en el art. 397 de la ley Hipotecaria en la forma y con las reglas establecidas en el 398, para que la oposición del que se crea con derecho á los bienes cuya inscripción se solicita mediante la información posesoria surta el efecto de suspender el curso del expediente ó la

la inscripción en el Registro si estuviese ya aprobado, es necesario que se formule por demanda en juicio ordinario y que dicha demanda se registre, según lo dispuesto en la regla 6ª del citado art. 398:

Considerando que en el caso que ha motivado el presente recurso, el expediente posesorio se instruyó con sujeción á las reglas establecidas en el referido art. 398, y aunque el Promotor fiscal, como representante de los derechos del Estado, se opuso á su aprobación, no llegó á realizarlo, promoviendo el juicio ordinario por medio de la correspondiente demanda que se registrase, requisitos necesarios para que surtiere sus efectos dicha oposición, y por consiguiente, la Sala sentenciadora, al declarar no haber lugar á la aprobación de dicho expediente, ha infringido el art. 398 en su regla 6ª, que se cita en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco de Paula Mitjans, en el concepto en que litiga, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 10 de Junio próximo pasado dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, y devuélvase al recurrente el depósito que tiene constituído—(Sentencia publicada el 24 de Marzo de 1883 é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

98

Recurso de casación (24 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.* ENTREGA DE BIENES.—No se admite el interpuesto por Domingo Guerra Fernández con Manuel López y otro (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que trascurrido el término para interponer el recurso, según los casos, sin interponerlo, se declara improcedente.

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia de Chantada y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Manuel López y Domingo Mínguez, como maridos respectivamente de Rosa Guerra Calveño y Juana Rodríguez Guerra, con Domingo Guerra Fernández sobre entrega de bienes, por parte de éste se pidió se librara certificación de la sentencia dictada por dicha Sala con objeto de interponer recurso de casación por infracción de ley:

Resultando que verificado el nombramiento de Procurador y Abogado por los respectivos colegios al recurrente, como lo habían solicitado ante la Audiencia por ser pobre, se entregaron los autos á su Procurador con fecha 28 de Diciembre último por el término y para los efectos de la ley, y los ha devuelto en 7 del corriente formalizando el recurso de casación por infracción de ley:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que ha transcurrido con notable exceso el término de los 20 días fijados para este caso en el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuyo motivo el Ministerio fiscal estima improcedente este recurso:

Considerando que son de perfecta aplicación al presente recurso los artículos 1725 y 1729, regla 1ª, de la citada ley de Enjuiciamiento civil, para la resolución del mismo sin más trámites;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto á nombre de Domingo Guerra Fernández: comuníquese esta resolución á la Audiencia de la Coruña con devolución del apuntamiento, y publíquese en la *Gaceta* é insértese á su tiempo en la *Colección legislativa*.

pasándose al efecto las oportunas copias; y póngase en conocimiento del Decano del Colegio de Abogados el retraso con que el nombrado de oficio ha despachado este negocio, á fin de que disponga lo que estime procedente con objeto de evitar la repetición de semejante falta.—(Sentencia publicada el 24 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

99

Recurso de casación (26 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—Validez de una escritura.—No ha lugar al imterpuesto por Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano con D. José Ignacio de Prada (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1° *Que las leyes y doctrinas sobre cuestiones que no han sido discucidas en el pleito oportunamente no pueden ser objeto del recurso de tasación*:

2° *Que no habiéndose excepcionado la prescripción en la discusión del pleito, no ha podido infringir la sentencia la ley* 21, *tít.* 29 *de la Partida* 3ª:

3° *Que las renuncias hechas por los hijos de sus legítimas viviendo aún sus padres, son nulas é ineficaces en derecho, según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo*:

4° *Que es congruente con la demanda la sentencia si resuelve todas las cuestiones que han sido debatidas en el pleito, y por ello no infringe la ley* 16 *tít.* 22 *de la Partida* 3ª;

Y 5° *Que las sentencias sólo favorecen ó perjudican á los que han sido parte en el juicio, únicos que pueden utilizar contra ella los recursos que procedan.*

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Marzo de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del Barco de Valdeorras y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano, vecinos de Villamartín, propietarios, con D. José Ignacio de Prada, vecino de Ferbenza, propietario, sobre validez de una escritura; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano por el Procurador D. José Arana y Moraita, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos, no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo D. José Ignacio de Prada:

Resultando que en primeros de Setiembre de 1787 se otorgó escritura entre D. José García Losada por una parte, y de la otra D. José Antonio Valcarce y Quiroga y Doña Rosa García Losada, su consorte, en la que digeron que después de efectuado por los dos últimos en el año de 1786 su contrato matrimonial, propuso el D. José Valcarce, como marido de Doña Rosa, demanda dotal contra el expresado D. José García, su suegro, que posterior convinieron judicialmente en transigir, como lo verificaban, en esta forma: el D. José había de dar y pagar, y por él sus heraderos, si antes se verificase su fallecimiento, al Don José Valcarce, en representación de la Doña Rosa García, su hija y consorte respectiva, y para su falta á ésta ó los suyos por razón de ambas legítimas paternal y maternal de bienes libres y alimentos que ella tenía ofrecido y estaba obligado á darla, la cantidad de 700 ducados, satisfechos en los términos que fijaban; y los mismos D. José Valcárce

y su mujer se daban por satisfechos con la expresada cantidad de los 700 ducados de todo lo que por las dos significadas razones de ambas legítimas de bienes libres y alimentos de los vinculares repetían en uso de su derecho, renunciando solemnemente en favor del D. José García su padre y suegro, y quien hubiere su derecho todo el que tenían y pudieran pretender á las dos legítimas paterna y materna de bienes libres y alimentos de los vinculares; y se apartaban y á sus hijos, herederos y sucesores para siempre de reclamar cosa alguna por los insinuados motivos contra el D. José García y los suyos, consintiendo desde luego que de los bienes y efectos que quedasen después de satisfecho lo estipulado dispusiera como más bien visto lo viera, ofreciendo no impugnarlo en tiempo alguno, con lo cual daban por concluído este tratado y fenecido el pleito de que se ha hecho relación para no continuarlo jamás:

Resultando que en autos sobre división de la herencia fincable de D. José García y su mujer Doña María Antonia Fernández, por sentencia de 2 de Octubre de 1860 se declaró nula una escritura otorgada por la demandante Doña María Isabel Valcarce y su hermana Doña Susana, y se mandó proceder á la división de bienes fincables de D. Pedro José García, con presencia del memorial de bienes que obraba en autos en la forma propuesta por la demandante; y de un acto aclaratorio de 8 del mismo mes de Octubre aparece que la escritura de 1° de Setiembre de 1787 no estaba comprendida en la demanda y solicitud de Doña Isabel Valcarce, referente únicamente á la división de fincabilidad de D. José García, su abuelo, previa la declaración de nulidad de la escritura de concordia de 26 de Agosto de 1873: que la de 1° de Setiembre de 1787 había sido traída á los autos después en el término de prueba, y se declaró que aunque esta referida escritura no había debido producir efecto para dejar de acceder á la división solicitada en la demanda que motivó el procedimiento, no por ello se declaró ineficaz el que le corresponda y que podría reclamarse en el acto de la división:

Resultando que en 31 de Agosto de 1880, Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano dedujeron demanda ordinaria contra D. José Ignacio de Prada, exponiendo, después de hacer mérito de la relacionada escritura, que en Junio de 1859, Doña María Isabel Valcarce, madre que fué de D. José Ignacio Prada, entabló demanda ordinaria referente á que siendo hija de la Doña Rosa y de D. José Antonio Valcarce se procediese á las particiones del caudal hereditario del D. José García Losada y su mujer Doña María Antonia Fernández entre todos los interesados, contándose en éstos Doña Juana García, madre que fué de los demandantes: que durante el término de prueba se compulsó á instancia de Doña Juana la mencionada escritura, pero en la sentencia pronunciada en 2 de Octubre de 1860 no se hizo mérito de ella, razón por que, habiéndose pedido en tiempo hábil la declaración á este punto esencial omitido, se dictó un auto en 8 del mismo mes, declarando que podría reclamarse la eficacia de aquella en el acto de la partición acordada en la sentencia: lo que consintieron los litigantes: que D. José Ignacio de Prada, que venía figurando también en el expediente, reconoció que á pesar de la mencionada sentencia mandando celebrar las particiones, nada adelantaba con la aclaración y reserva susodichas, y había dejado el asunto en tal estado muy cerca de 20 años; pero con causas ajenas en Mayo anterior reprodujo el expediente pidiendo la

ejecución del fallo, y se iniciaron las diligencias para llevarlo á efecto; que era llegado el momento de ejercitar el derecho reservado en el referido auto de 8 de Octubre de 1860, cuyo auto constituye parte integrante de la misma sentencia, como que era adición de ésta, acordada y dictada en tiempo hábil; y por tanto los que representaban, en concepto de hijos y herederos de la Doña Juana García; en uso de la tal reserva interponían la demanda para que se declarase válida y eficaz la escritura de 1° de Setiembre de 1787, y en su consecuencia sin acción ni derecho alguno al D. José Ignacio para reclamar las legítimas ni parte alguna del caudal hereditario de sus bisabuelos maternos D. José García Losada y Doña María Antonia Fernández, con expresa condenación de costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. José Ignacio de Prada, pretendió su absolución y que se declarase que dicha escritura no obsta á la división de la fincabilidad de D. José García y su consorte Doña Antonia Fernández, al efecto repuso que no negaba la existencia de la escritura de 1° de Setiembre de 1787, que se refiere á la transacción en que D. José García y su esposa Doña Antonia Fernánnez dió en dote á su hija Doña Rosa 700 ducados, expresados en dicho documento; pero como la herencia de aquellos ascendía á mucho más, y á cada heredero le correspondían mayores cantidades, según la importancia del caudal que aparece, quedaba destruída la eficacia de la citada escritura, toda vez que nunca tal transacción cierra la puerta á la reclamación del tanto más que de legítima paterna y materna pueda caber á la Doña Rosa ó sus herederos: que la Doña Rosa percibió los 700 ducados, y como el capital de sus causantes monta á más de 50.000 pesetas, dividido entre seis herederos resulta un haber legítimo de un duplo ó triple, y por consiguiente el demandado estaba sujeto únicamente á que se le tome en cuenta lo percibido: que la aclaración de la pretensión de 2 de Octubre de 1860 comprueba lo que queda dicho: que sin embargo de lo que va expuesto, es lo bastante para destruir el convenio de dote, y ofrecía probar oportunamente que la mencionada escritura fué debatida y juzgada en los Tribunales de justicia á consecuencia de lo que la Doña Rosa y sus herederos fueron parte formal en la división de esta herencia, según partija ejecutada también en época anterior por el perito D. Manuel de la Vega, y que por no estar conforme con ella se mandó depositar la porción adjudicada, según expediente unido en cuerda floja al pleito que motivó la sentencia de 2 de Octubre citado:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones, y practicadas las pruebas propuestas por aquéllas, el Juez de primera instancia, por sentencia de 7 de Julio de 1881 declaró legal y válida la renuncia que Doña Rosa García, con consentimiento de su marido D. José Antonio Valcarce y Quiroga, hizo en favor de su padre, José García de la legítima ó bienes que correspondían por herencia de su madre Doña María Antonia Fernández; declarando á la vez nula y de ningún valor ni efecto la renuncia que la misma Doña Rosa hizo con el propio consentimiento de su esposo en el citado documento, ó sea en la escritura de 1° de Setiembre de 1787, de la legítima que á la muerte de su padre D. José García Losada podía corresponderle en los bienes pertenecientes á éste, y por consiguiente que en la división de ellos que se estaba practicando, el demandado D. José Ignacio de Prada y demás descen-

dientes de la ya tan repetida Doña Rosa García y Fernández: debían percibir la parte que les correspondía de bienes relictos por muerte del D. José García Losada, deducido de ella si sobrase alguna cantidad de pagarse la que correspondió á su causa habiente ó bisabuela Doña María Antonia Fernández al tiempo de concluir su sociedad conyugal con D. José García Losada, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que confirmada, con las costas, dicha sentencia por la que en 3 de Abril de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por parte de Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano se interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1° Que se ha infringido la ley 1ª, tít. 29, Partida 3ª, al estimar la sentencia la petición del demandado D. José Ignacio de Prada y reconocerle derecho á la parte alícuota de los bienes que en su día constituyeron la herencia de D. José García Losada, porque se ha discutido en el pleito el derecho á una parte de los bienes que formaron la herencia de D. José García y su mujer, se reclamó en él por parte del demandado que se le reconociese el que debía asistirle á la parte alícuota de dichos bienes en concepto de nieto de Doña Rosa García Fernández, que á su vez fué hijo de aquellos, los bienes por el demandado reclamados venían siendo redisfrutados por los demandantes Meruéndano, en concepto de dueño de los mismos en virtud de la escritura de transacción, otorgada en 1787, ó sea hace 95 años, aunque esta escritura adolesciese de algún vicio, el indicado número de años durante los cuales los recurrentes habían venido disfrutando tales bienes quieta y pacíficamente como dueños, los ponía fuera del alcance de toda reclamación, ya tardía, pues en ningún caso de un modo más notorio puede resultar la conveniencia pública y la razón privada en que se funda la legitimidad y los efectos de la prescripción extraordinaria como modo de adquirir la propiedad, á tenor de la ley 21, tít. 29, Partida 3ª, que no exige más de 30 años para que las cosas poseídas sin título y aun de mala fé pertenezcan al que las tiene en su poder.

2° Que la Sala sentenciadora, así como el Juez de primera instancia, fundaron única y exclusivamente su fallo en que teniendo los descendientes derecho á la legítima en la herencia de sus ascendientes y renunciable este derecho según dos declaraciones que sobre el particular ha hecho este Tribunal Supremo, y no habiendo radicado aun al otorgarse la escritura de transacción en la Doña Resa García el derecho legitimario en la herencia de su padre, puesto que éste aún vivía á la sazón, fué nula dicha escritura en concepto de renuncia de derechos á una sucesión forzosa; mas este fundamento está en contradicción con el indiscutible é indiscutido carácter jurídico de la escritura cuya validez se discutió en el pleito: que la doctrina en tales sentencias establecida por este Tribunal Supremo, no es aplicable al presente caso, en el que no se trata de una renuncia de un heredero forzoso, sino de una *transacción* otorgada entre éste y aquel á quien debía de heredar, y por lo cual el heredero recibió por anticipado 700 ducados en compensación ó cambio de sus derechos legitimarios que por lo mismo renunciaba, fué, pues, un contrato bilateral y oneroso, de carácter aclaratorio, y cuya validez y eficacia, por lo tanto, no depende sino de las condiciones generales á que está sometida la de todos los contratos de carácter puramente privado que los hombres pueden celebrar, y bajo este aspecto de ningún vicio adolece la transacción de que se trata: que por tanto, resulta que en la sentencia se ha infringido la ley 1ª, tít. 1°, li-

bro 10 de la Novísima Recopilación, y la doctrina legal que declara válida y eficaz toda transacción que personas en la plenitud de sus derechos civiles otorguen sobre aquello que sea materia lícita de la contratación por haberse declarado en parte nula la mencionada escritura de transacción de 1787:

3º Que en la sentencia no solamente se declara nula la indicada parte de la escritura con relación al demandado Prada, sino también á favor de los demás descendientes y herederos de Doña Rosa García, á pesar de que ningún otro compareció en el pleito más que aquél; resultando de esto que la sentencia ha excedido de lo que se pidió y podía pedirse en la contestación del demandado, porque éste no pidió ni podía pedir más que lo que á él interesaba, pero no á otras personas ignoradas y que ninguna parte habían tomado hasta entonces ni tomaron después en el pleito; por eso también se ha infringido la ley 16, título 22, Partida 3ª, que prohibe al Juzgado al fallar sobre cosa que no fué demandada ante él, y declara la nulidad de la sentencia, que adolece de tal defecto;

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que las leyes y doctrinas sobre cuestiones que no han sido discutidas en el pleito oportunamente no pueden ser objeto del recurso de casación, en cuyo caso se encuentra la ley 21, tít. 29, de la Partida 3ª, que como infringida se alega en el primer motivo del recurso, porque no habiéndose excepcionado la prescripción en la discusión del pleito, no ha podido infringir dicha ley la sentencia recurrida:

Considerando que las renuncias hechas por los hijos de sus legítimas viviendo aún sus padres, son nulas é ineficaces en derecho, según tiene declarado repetidamente este Tribunal Supremo, y por ello la sentencia que acuerda la nulidad de la renuncia que Doña Rosa García hizo de la legítima que á la muerte de su padre pudiera corresponderle en sus bienes, no infringe la ley y doctrina que se citan en el segundo motivo del recurso:

Considerando que la sentencia recurrida es congruente con la demanda, porque resuelve todas las cuetiones que han sido debatidas en el pleito, y por ello no infringe la ley 16, tít. 22 de la Partida 3ª, que se invoca en el tercer motivo, sin que opten al caso de las palabras *y demás descendientes* de que usa en su parte dispositiva, porque las sentencias sólo favorecen ó perjudican á los que han sido parte en el juicio, únicos que pueden utilizar contra ella los recursos que procedan:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña Amalia y D. Enrique Meruéndano, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distribuirán con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Coruña con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada en 26 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

100

Recurso de casación (26 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por D. Luis Josest con D. Juan Sicart (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que se cita oportunamente y no ha podido infringirse la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, si la Sala sentenciadora no niega fuerza al contrato por razón de formas ó solemnidades que aquélla declaró innecesarias, sino porque entiende que fué un acto simulado con el fin de poner los bienes á cubierto de responsabilidad:*

2° *Que igualmente se citan sin oportunidad y no han podido infringir el número 2° del artículo 578 y el número 1° del artículo 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque no son aplicables cuando por el resultado de autos hay razones para juzgar que la escritura pública contiene un pacto simulado;*

Y 3° Que no se infringe dicho artículo 578 porque en él se enumeran las pruebas que pueden practicarse ó presentarse y nó las apreciaciones que sobre ellas haga el Tribunal sentenciador.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Marzo de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Arenys de Mar y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Luis Josest y Garriga, propietario, vecino de Malgrat, con D. Juan Sicart, vecino de Gerona, como curador del menor D. Esteban Josest y Sicart, con D. Esteban Josest y Garriga, vecino también de Malgrat, y con el Ministerio fiscal, en representacion del Estado, sobre tercería de dominio; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Antonio Rodó y Casanovas y el Procurador D. Federico Grases Riera, en defensa y representación del demandante Josest y Garriga, habiendo sido defendido y representado el recurrido D. Juan Sicart en el indicado concepto por el Licenciado D. Antonio Maura y el Procurador D. José García Noblejas:

Resultando que en 9 de Setiembre de 1880 se remitió por este Tribunal Supremo á la Audiencia de Barcelona testimonio de la tasación de costas que se había practicado en los autos entre D. Juan Sicart y Colomer, como tutor del menor D. Esteban Josest y Sicart y D. Esteban Josest y Garriga, que había sido aprobada en 3 de Agosto anterior, con el fin de que se hiciesen efectivas de D. Esteban Josest y Garriga, obligado á su pago; y habiéndose procedido en su cumplimiento por el Juez municipal de Malgrat á requerir á dicho deudor, contestó que no poseía bienes de ninguna clase; y al tratar dicho Juez de embargar los bienes muebles que encontró en la habitación de D. Esteban, se presentó el hermano de éste D. Luis y se opuso al embargo, fundado en que eran suyos los muebles, presentando al efecto una escritura pública de fecha 6 de Setiembre de dicho año de 1880, en la que se consigna que sus otorgantes los dos susodichos hermanos D. Luis y D. Esteban Josest y Garriaga habían convenido en elevar á escritura pública el contrato privado que tenía otorgado en 2 de Enero de 1878, por el que primero, ó sea D. Luis, había concedido al segundo durante su vida natural el uso de todos lo muebles que de su propiedad tenía y poseía en la casa núm. 17 de la calle de Mallorca de la villa de Malgrat:

Resultando que practicado, no obstante lo dicho, el embargo de dichos muebles, dedujo D. Luis Josest y Garriaga demanda de tercería de dominio, fundado en la susodicha escritura que acompañó como título justificativo de su acción, solicitando se declarase en definitiva que los muebles embargados y depositados le pertenecían en propiedad y posesión, y se mandase en su consecuencia alzar el embargo practicado y dejarlos á su libre disposición:

Resulando que admitida la demanda se suspendió el procedimiento de apremio y se formó pieza separada, y conferido traslado al Promotor fiscal por razón de interés de la Hacienda pública en el cobro de las costas, contestó la demanda oponiéndose á ella, fundado en que la copia de escritura que había presentado evidenciaba que era un contrato simulado el que se hacía constar en ella, otorgado con objeto de eludir el embargo, y en que el contrato privado á que se refería sobre cesión de bienes no había existido jamás:

Resultando que D. Juan Sicart; como curador del menor D. Esteban Josest y Sicart se opuso también á la demanda, fundado en las mismas razones que el Promotor fiscal, y D. Esteban Josest y Garriaga por su parte se allanó á ella, sosteniendo que eran exactos los hechos alegados por el demandante:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 7 de Junio de próximo pasado, revocatoria de la que había dictado el Juzgado, declarando que no había lugar á la demanda de tercería de dominio deducida por D. Luis Josest y Garriga por no haber justificado la propiedad que pretende tener de los muebles y efectos embargados á su hermano D. Esteban, ni en consecuencia á alzar el embargo de ellos:

Resultando que D. Luis Josest y Garriga interpuso contra esta sentencia recurso de casación por considerar infringidos:

1º La ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, porque no da valor ni eficacia á los contratos celebrados entre el recurrente y su hermano Esteban en 2 de Enero de 1878 y 6 de Setiembre de 1880:

2º El núm. 2º del art. 578 y el núm. 1º del 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establecen los medios de prueba y dan el carácter de documento público y solemne á aquel en que el recurrente funda su derecho, por cuanto apreciando las pruebas la Sala sentenciadora, desconoce la fuerza que dichos preceptos legales conceden á las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho;

Y 3º El mismo art. 578, que declara cuáles son los únicos medios de prueba admitidos por la ley, en cuanto la Sala sentenciadora al apreciar las de autos admite como medio de prueba y único fundamento de su fallo la presunción de que hablaba la ley 8ª, tít. 14, Partida 3ª, que no se halla admitida por la ley de Enjuiciamiento civil:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que se cita inoportunamente y no ha podido infringirse la ley invocada en el primer motivo, porque la Sala sentenciadora no niega fuerza al contrato por razón de formas ó solemnidades que aquélla declaró innecesarias, sino porque entiende que fué un acto simulado con el fin de poner los bienes á cubierto de responsabilidad:

Considerando que igualmente se citan sin oportunidad y no han podido infringirse las disposiciones alegadas en el segundo motivo, porque no son aplicables cuando por el resultado de autos hay razones para juzgar, como aquí sucede, que la escritura pública contiene un pacto simulado:

Considerando, por último, que no se infringe por el fallo el artículo citado en el tercer motivo, porque allí se enumeran las pruebas que pueden practicarse ó presentarse y no las apreciaciones que sobre ellas haga el Tribunal sentenciador, el cual con relación al presente caso no se fundó solamenre en la presunción de simulación que desde luego le

suscitaba la escritura de los dos hermanos, otorgada después de la condena, sino en la convicción nacida de todas las circunstancias apreciables, como lo son también la situación respectiva de los otorgantes, el empleo de la prueba testifical, el resultado de ésta y lo demás contenido en autos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis Josest y Garriga, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

101

Recurso de casacion (27 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera* —Nulidad de la restitución de unas aguas subterráneas.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco y D. Manuel Pérez Alvarado con D. José Déniz (Aud. de Las Palmas), y se resuelve:

1° *Que según ha declarado el Tribunal Supremo en repetidos casos, las disposiciones que contiene la ley* 8ª, *tít.* 14 *de la Partida* 3ª *se hallan subordinadas á lo que sobre la apreciación de las pruebas y su eficacia legal tiene establecido la ley de Enjuiciamiento civil, mediante lo cual y siendo conforme á esta doctrina la apreciación hecha por la Sala sentenciadora, toda vez que por el resultado de los medios probatorios aducidos, tanto en el interdicto como en el pleito, y sin faltar á las reglas de la sana crítica, estima probado el hecho capital que sirve de fundamento al fallo recurrido, es indudable que este no infringe dicha ley:*

2° *Que tampoco infringe la segunda del mismo título y Partida, ni la doctrina de que al que afirma es á quien incumbe la prueba, si la obligación que aquélla impone al litigante que afirma un hecho la ha cumplido al demandado;*

Y 3° *Que si bien el art.* 49 *de la ley de aguas de* 3 *de Agosto de* 1863 *prescribe que el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones y galerías las aguas que existan debajo de la superficie de su finca con tal que no distraiga ó aparte aguas públicas de su corriente natural, el* 50 *prohibe expresamente que dichas labores se ejecuten á menor distancia de* 40 *metros de edificios públicos, ferrocarril ó carreteras, ni á menos de* 100 *metros de otro alumbramiento, fuente, canal ó acequia ó abrevadero público, sin la correspondiente licencia de los dueños ó en su caso de los Ayuntamientos, de lo que se deduce que tratándose en los presentes autos de obras ejecutadas para el alumbramiento de aguas á distancia de* 44 *metros de una fuente de dominio particular sin que se pidiera permiso á su dueño, dicho acto fué ilegal y abusivo; y por lo tanto, que al estimarlo así la sentencia recurrida absolviendo de la demanda, no infringe los citados artículos de la ley de aguas de* 1866.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Marzo de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de las Palmas de Gran Canaria y en la Sala de justicia de la Audiencia de aquel territorio por D. Manuel y D. Francisco Pérez Alvarado, propietario el primero y el segundo Párroco de San Mateo, ds donde ambos son vecinos, con Don José Déniz Rivero, propietario, de la misma vecindad, sobre que se de-

je sin efecto la restitución de unas aguas subterráneas, practicada en virtud de lo resuelto en un interdicto de recobrar, é indemnización de daños y perjuicios; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los hermanos Pérez Alvarado, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Manuel Silvela y el Procurador D. Luis Lumbreras, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Daniel Doce:

Resultando que fundado D. José Déniz Rivero en que hacía más de 10 años se hallaba en quieta y pacífica posesión de seis días con seis noches de agua su dula cada 15 días, recogiendo en cada una tres días y tres noches en el naciente ó minadero de la Umbría de las Lagunetas, que se hallaba en terrenos de D. Manuel Pérez Alvarado, sitos en San Mateo, nombrados las Cañas de la Umbría, y alegando que de orden de D. Francisco y D. Manuel Pérez Alvarado se había hecho en aquel año 1878 una galería ó socavón que comenzaba por debajo de dichos terrenos y sus vertientes, adelantándose en una extensión de 14 varas, con el que se habían recogido las aguas del naciente ó minadero susodicho hasta el punto de haberse secado éste el día 2 de aquel mes de Agosto, sin que hubiesen vuelto á aparecer las aguas, dedujo en 29 de dicho mes y año demanda de interdicto de recobrar contra los hermanos Pérez Alvarado con el fin de que se decretase la restitución de dichas aguas, con abono de costas é indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que admitida esta demanda se practicó la información testifical que ofreció el demandante, y sustanciado el interdicto sin audiencia de los despojantes, dictó auto restitutorio en 16 de Setiembre de 1878, que confirmó, con las costas, la Sala de justicia de la Audiencia del territorio en 4 del siguiente mes de Enero, y tuvo lugar la restitución:

Resultando que en 13 de Setiembre de 1879 interpusieron los hermanos Pérez Alvarado la demanda civil ordinaria que ha dado origen á este pleito, con la solicitud de que previa declaración de que el interdicto de recobrar había sido improcedente porque no habían causado á Déniz Rivero el despojo que había alegado, se dejase sin efecto la restitución decretada y se mandasen reponer las cosas al ser y estado que tenían cuando se hizo la restitución, condenando á Déniz Rivero á la indemnización de todos los perjuicios que les habia causado con el interdicto y auto restitutorio y al pago de las costas de dicho juicio y del presente pleito:

Resultando que en apoyo de esta demanda dijeron que en los terrenos que tienen en la jurisdicción del pueblo de San Mateo en el pago de las Lagunetas y paraje denominado Cañas de la Umbría ó Alejadilla, de una fanega de extensión, lindante por Norte con el barranco real de la mina de las Lagunetas, existían desde antiguo una fuente denominada Umbría de las Cañas, designada en el plano que acompañaban con la letra *A*, y un manantial señalado con la letra *B*, que nace en el centro del acantilado del risco de dicho terreno por su parte Norte, ó sea por el barranco de la mina de las Lagunetas, que hacía 10 años poco más ó menos que el demandante D. Manuel vendió á diferentes personas, y entre ellas á D. José Déniz Rivero y á D. Antonio Marrero, el agua de la fuente y manantial susodichos, durante cuyo tiempo dichos compradores habían estado en el uso y aprovechamiento de las respec-

tivas porciones ó dulas de dicha agua: que hacía tres ó cuatro años, Don Sebastián Marrero, hijo de D. Antonio, abrió con autorización del demandante D. Manuel una cueva en el acantilado del terreno para la formación de un estanque, señalado en el plano con la letra *D*, con el fin de recoger en él las aguas de la fuente y manantial susodichos: que habiendo surgido del piso del estanque varios manantiales de agua que brotaban y brotan de abajo arriba, dejó Marrero á su disposición dicha cueva ó estanque letra *D* y construyó otro nuevo depósito en otro sitio del mismo terreno, señalado con la letra *F*: que hacía unos dos años que el demandado D. José Déniz Rivero y demás copartícipes en las aguas construyeron con el permiso del mismo demandante otro estanque designado con la letra *E*, al lado del *F* de Marrero que en el año anterior 1878 concedió á D. Pedro Déniz Grech la cueva ó estanque letra *D*, construída, como se deja dicho por Marrero con el agua en él alumbrada, con objeto de extenderlo y ensancharlo para encerrar en él las aguas del barranquillo de Solapón, y en virtud de tal concesión, Déniz Grech abrió otra cueva letra *I*, que unió y comunicó por la parte interior con el estanque letra *D*, surgiendo en el suelo de dicha cueva *I* un nuevo alumbramiento de aguas que brotaban de abajo arriba: que á consecuencia de este último hecho y después de varias gestiones extrajudiciales practicadas por Déniz Rivero cerca de los demandados y de Déniz Grech con el fin de que le cedieran los estanques letras *D* é *I*, con toda el agua alumbrada y existente en ellos, en compensación de la que suponía que le habían distraído tales obras de las de la fuente y manantial *A* y *B*, había deducido el interdicto de recobrar antes referido, en el que había obtenido auto restitutorio, porque habiéndose sustanciado sin su audiencia, no habían podido demostrar la improcedencia y falsedad de la demanda de interdicto y la inexactitud de las declaraciones de los testigos: que con las obras practicadas por Déniz Grech en el año anterior, que habían servido de pretexto para el interdicto de recobrar de que se trata, no se hizo un nuevo estanque, galería ó socavón diverso del ejecutado por D. Sebastián Marrero tres ó cuatro años antes, sino que se agrandó éste: que no había dado lugar, á pesar del tiempo que hacía que estaba construído, á reclamación alguna ni de Déniz Rivero ni de ninguno de los demás copartícipes de la fuente y manantial *A* y *B*, así como tampoco habían reclamado nada acerca del agua alumbrada en la cueva letra *D*, ni de la posesión que de ella había tenido el demandante D. Manuel por mucho más de un año y un día, de la cual había sido realmente despojado con la restitución llevada á cabo del interdicto: que no era exacto el hecho que se daba á entender en el interdicto de que la galería ó socavón se había abierto debajo del punto en que nacía el minadero, pues lo había sido á mucha distancia del mismo; á tanta, que tirada una línea perpendicular desde el fondo de la fuente *A* á la horizontal que salía del piso del socavón ó estanque letra *D* é *I*, había una diferencia de altura de 14 metros y una distancia oblicua entre ambos puntos de 47, y era por tanto imposible que las aguas que brotaban de abajo arriba en dicho estanque *D* é *I*, fueran de la fuente: que tampoco era exacto el otro extremo alegado en el interdicto de que con la mencionada galería se hubiesen recogido las aguas hasta el punto de haberse secado el naciente *A* ó minadero el día 2 de Agosto de 1878, pues en 4 de Setiembre manaban y discurrían por el acueducto hasta cosa de siete meses, aunque algo mermadas por la sequía del verano é inviernos ante-

riores, así como estuvieron también manando y fluyendo las del manantial letra *D* hasta los últimos días del mes de Octubre de dicho año en que se secaron por razón de dicha falta de lluvias, que dió lugar á que se secara también en la primera quincena del mismo mes el naciente ó minadero letra *A* y otras muchas fuentes y manantiales de la jurisdicción del pueblo de San Mateo, y de la mayor parte de los pueblos de la isla: que en los días 9, 10 y 11 del siguiente mes de Diciembre, por consecuencia de abundantes lluvias en los anteriores volvieron á nacer, manar y fluir así la fuente *D* como el madantial *B* y los demás que figuraban en el plano, todos los que continuaban en la actualidad manando y fluyendo en la misma proporción y cantidad que los años anteriores á la sequía á pesar de estar ya muy avanzada la estación de verano: que con la restitución llevada á cabo en el interdicto de un modo irregular, por no ser posible reponer las cosas al estado que tenían antes de abrirse las cuevas ó estanques letras *D* é *I*, abriendo un orificio en uno de los costados de éstos para recoger las aguas alumbradas en los mismos y conducirlas al estanque del demandado, venía utilizando éste y sus copartícipes dichas aguas en unión de las de los maniantales *A* y *B* desde que éstos habían vuelto á fluir: que las aguas que nacen en el terreno de los demandanies discurren por diversas cepas, yendo por la más superficial la que conduce las aguas de la fuente ó minadero *A*, hallándose más profunda la capa de tierra permeable por donde discurre la del manantial *B* y la de los demás marcados en el plano; y estando á mucha mayor profundidad la capa permeable por donde marcha el agua alumbrada en las cuevas ó socavones *D* é *I*; por cuya razón en los inviernos muy escasos, como el penúltimo, se secaba primero la fuente *A*, después el manantial *B* y los demás señalados en el plano, y subsistía el agua de los socavones *D* é *I* por proceder de un depósito más profundo y abundante; y que si bien era cierto que D. José Déniz Rivero acreditó en el interdicto estar en posesión de seis días con sus noches de agua su dula cada 15 días de la del naciente ó minadero de la Umbría de las Lagunetas, no probó ni intentó probar, ni era posible que lo hiciera, que hubiese estado en posesión igualmente de las aguas alumbradas en las cuevas, estanques ó socavones *D* é *I*:

Resultando que D. José Déniz Rivero en contestación á esta demanda, de la que pidió se le absolviera con imposición de costas á sus autores, alegó que hacía más de 10 años se hallaba en quieta y pacífica posesión de las aguas susodichas, y que de orden de los demandantes se había hecho una galería ó socavón que comenzaba por debajo de los terrenos Cañas de la Umbría y de sus vertientes y se adelantaba en una extensión de 14 varas, con el que se habían recogido las aguas del naciente ó minadero de la Umbría de las Lagunetas, de su propiedad, hasta el punto de haberse secado el día 2 de Noviembre de 1878 sin que hubiesen vuelto á reaparecer las mismas aguas:

Resultando que los demandantes reprodujeron en la dúplica los hechos y fundamentos alegados en la demanda, y el demandado dejó trascurrir el trámite de dúplica sin evacuarlo, por lo que le fué acusada la rebeldía, y el Juzgado la tuvo por acusada, recibiendo los autos á prueba:

Resultando que ambas partes practicaron diferentes pruebas, y sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia revocatoria la Sala de justicia de la Audiencia de

las Palmas de Gran Canaria en 19 de Julio próximo pasado, absolviendo á D. José Déniz Rivero de la demanda contra él interpuesta por don Manuel y D. Francisco Pérez Alvarado, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Francisco y D. Manuel Pérez Alvarado interpusieron recurso de casación por considerar infringidos:

1° La ley 8ª, tít. 14, Partida 3ª, que al hablar de las diversas clases de prueba dice que en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales é de sospechas fueras en de en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, porque lassospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad; en el concepto de que se ha absuelto de la demanda á D. José Déniz Rivero, que equivale á tanto como declarar la subsistencia del interdicto que ha dado origen á este pleito, fundándose dicha absolución en los dictámenes de los peritos, que sobre ser contradictorios no contienen afirmación alguna, sino simples conjeturas en que se apoya la sentencia recurrida, haciendo á la vez otras completamente gratuitas, puesto que ninguno de los peritos se atreve á asegurar que el agua del socavón proceda de la fuente:

2° La ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª, y la doctrina consignada de acuerdo con ella por este Tribunal Supremo de que al que afirma es á quien incumbe la prueba, porque se ha absuelto de la demanda á Déniz Rivero y se ha declarado subsistente la restitución consecuencia del interdicto, no obstante que Déniz Rivero, que afirmó y sigue afirmando que el agua del socavón procede de la fuente, no ha probado ni mucho menos la verdad de este aserto:

3° El art. 49 de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866, que dispone que el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos, socavones ó galerías las aguas que existan debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga ó aparte aguas públicas de su corriente natural, no obstante cuya disposición y á pesar de que la fuente de Déniz Rivero no es pública, y de que el socavón se halla construído en terrenos de los recurrentes, se ha fallado el pleito absolviendo á aquél de la demanda entablada por éstos para que quedase sin efecto el interdicto y con él la diligencia mal llamada de restitución, por la cual se ha privado á los recurrentes de aguas que descubrieron dentro de su terreno:

Y 4° El art. 50 de la referida ley de aguas, que dice que las obras de alumbramiento á que se refiere el artículo anterior no podrán ejecutarse á menor distancia de 40 metros de edificios ajenos ni á menor de 100 de otro alumbramiento, fuente, canal, acequia ó abrevadero público sin licencia del dueño ó de los Ayuntamientos; no obstante lo cual, y aun cuando el socavón se halla construído á 46 metros de la fuente de Déniz, que no tiene el carácter de pública, sino de privada, interpretando mal este artículo y fundándose la sentencia en que los recurrentes no han obtenido licencia del demandado absuelve á éste de la demanda y declara subsistente el interdicto:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que según ha declarado este Tribunal Supremo en repetidos casos, las disposiciones que contiene la ley 8ª, tít. 14 de la Partida 3ª se hallan subordinadas á lo que sobre la aprcciación de las pruebas y su eficacia legal tiene establecido la ley de Enjuiciamiento civil, mediante lo cual y siendo conforme á esta doctrina la apreciación hecha por la Sala sentenciadora, toda vez que por el resultado de los medios

probatorios aducidos, tanto en el interdicto como en el pleito, y sin faltar á las reglas de la sana crítica, estima probado el hecho capital que sirve de fundamento al fallo recurrido es indudable que este no infringe dicha ley citada en el primer motivo:

Considerando que tampoco infringe la segunda del mismo título y Partida en la doctrina de que se hace merito en el segundo fundamento del recurso, puesto que la obligación que aquél la impone al litigante que afirma un hecho la ha cumplido el demandado D. José Déniz al suministrar la prueba testifical y pericial en que esencialmente se apoya la sentencia reclamada por referirse al punto de hecho indicado en el considerando anterior, cual es el de las aguas que surgieron al ensanchar el socavón designado con la letra *I* en el plano que acompañé al apuntamiento de la Audiencia procedían de la fuente de la Umbría, de cuyo aprovechamiento disfruta dicho demandado:

Considerando en cuanto á los motivos tercero y cuarto que si bien el art. 49 de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1863 prescribe que el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones y galerías las aguas que existan debajo de la superficie de su finca con tal que no distraiga ó aparte aguas públicas de su corriente natural, el 50 prohibe expresamente que dichas labores se ejecuten á menor distancia de 40 metros de edificios públicos, ferrocarril ó carreteras ni á menos de 100 metros de otro alumbramiento, fuente, canal ó acequia ó abrevadero público, sin la correspondiente licencia de los dueños ó en su caso de los Ayuntamientos, de lo que se deduce que tratándose en los presentes autos de obras ejecutadas para el alumbramiento de aguas á distancia de 44 metros de una fuente de dominio particular sin que se pidiera permiso á su dueño, dicho acto fué ilegal y abusivo; y por lo tanto, que al estimarlo así la sentencia recurrida absolviendo á D. José Déniz Rivero de la demanda origen de este pleito, no infringe los citados artículos de la ley de aguas de 1866;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco y D. Manuel Pérez Alvarado á quienes condenamos al pago de las costas, y líbrese á la Audiencia de las Palmas la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

102

Apelación por denegatoria de Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (27 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—Pago de cantidad.—Se confirma el auto apelado por D. José Zanoletti con la Sociedad *Granda y Compañía* (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que el recurso de casación por quebrantamiento de forma en los juicios ejecutivos sólo procede cuando se funda en alguna de las causas que taxativamente determina el art. 1013 *de la ley de Enjuiciamiento vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico.*

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Marzo de 1883, en los autos ejecutivos pendientes ante Nos en virtud de apelación, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Cienfuegos y en la Sala de lo civil de

la Audiencia de la Habana por la Sociedad en liquidación *Granda y Compañía* con D. José Zanoletti:

Resultando que en 22 de Enero de 1881 dedujo la Sociedad en liquidación Granda y Compañía demanda ejecutiva contra D. José Zanoletti en cobro de 19.696 pesos 83 centavos en oro, presentando cómo título ejecutivo una escritura hipotecaria de 14 de Marzo de 1877, en que se reconoció Zanoletti deudor de la expresada cantidad, hipotecando á la seguridad del crédito una finca de su propiedad:

Resultando que despachado mandamiento de ejecución contra los bienes del deudor; requerido de pago y citado de remate, se opuso á la ejecución alegando las excepciones de nulidad del juicio por no ser líquida la cantidad reclamada y la de espera que le había sido acordada en junta de acreedores de 19 de Junio del año anterior, para la que había sido citado Granda por medio de cédula, si bien no había asistido á su celebración:

Resultando que sentenciado el juicio por todos sus trámites, incluso el de prueba, dictó sentencia el Juez de primera instancia de la ciudad de Cienfuegos en 26 de Marzo siguiente declarando no haber lugar á pronunciar sentencia de remate, con expresa condenación de costas á cargo de la Sociedad ejecutante:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de la Habana por virtud de apelación que interpuso la Sociedad ejecutante, y sustanciada la alzada, dictó sentencia la Sala de lo civil de la misma, mandando seguir adelante la ejecución con los demás pronunciamientos consiguientes:

Resultando que notificada á las partes presentó escrito D. José Zanoletti manifestando que interponía el recurso de casación procedente, fundado en la infracción del art. 530 de la ley de Enjuiciamiento civil; á cuyo escrito recayó un auto de 23 de Agosto del mismo año, por el que se declaró no haber lugar á la admisión de dicho recurso:

Resultando que contra este auto interpuso D. José Zanoletti recurso de apelación, que admitió la Audiencia:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D Juan Francisco Bustamante:

Considerando que el recurso de casación por quebrantamiento de forma en los juicios ejecutivos sólo procede cuando se funda en alguna de las causas que taxativamente determina el art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico:

Considerando que D. José Zanoletti no funda su recurso en ninguna de las referidas causas, por cuya razón la Audiencia de la Habana estuvo en su lugar al dictar su auto de 23 de Agosto de 1881 denegando su admisión:

Fallamos que debemos confirmar y confirmamos el auto que en 23 de Agosto de 1881 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, condenando al apelante D. José Zanoletti al pago de las costas; y líbrese á dicha Audiencia la notificación correspondiente.—(Sentencia publicada en 27 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

103

Recurso de casación (27 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—DEFENSA POR POBRE.—No se admite el interpuesto por Carmen Pérez con D. Tomás Carro (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que según el art. 1711 *de la ley de Enjuiciamiento civil, el litigante pobre deberá presentar el recurso de casación en el preciso término de* 20 *días desde que teniendo Abogado y Procurador se hubiere entregado á éste la certificación de la sentencia recurrida*:

Resultando que obtenida por Carmen Pérez Calzada certificación de la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en el pleito que sigue con D. Tomas Carro á fin de interponer recurso de casación, se remitió de oficio á este Supremo Tribunal por defenderse aquélla en concepto de pobre:

Resultando que designados por la recurrente defensores que aceptaron el nombramiento, se entregaron los autos al Procurador en 9 de Febrero último por el término y á los efectos prevenidos en la ley; y que en 10 del corriente los devolvió con escrito interponiendo el recurso:

Siendo ponente el Magistrado D. Joaquín José Cervino:

Considerando que, según el art, 1711 de la ley de Enjuiciamiento civil, el litigante pobre deberá presentar el recurso de casación en el preciso término de 20 días desde que teniendo Abogado y Procurador se hubiere entregado á éste la cetificación de la sentencia recurrda;

Considerando que según resulta de este rollo desde 9 de Febrero en que se entregaron los autos al Procurador Caldeiro hasta el 10 de Marzo en que presentó el recurso han transcurrido más de los 20 días referidos.

No ha lugar, con las costas, á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Carmen Pérez Calzada; publíquese este auto en la forma prevenida por la ley, y comuníquese á la Audiencia de la Coruña con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 6 de Junio del mismo año.)

104

Recurso de casación (28 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—CADUCIDAD DE UNA ESCRITURA DE FIANZA.—Ha lugar al interpuesto por el Banco de España con D. Juan Francisco Aguado y otro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que al pretender el Banco de España que la responsabilidad del fiador de un cobrador de contribuciones traspase el período de los ocho primeros años, porque se encargó dicho Banco de la Recaudación de las mismas, no le obliga ni en el tiempo ni en la cosa garantida á más de lo que en él se obligó al constituirse la fianza, puesto que en ésta no se determinó tiempo en armonía con el contrato principal celebrado entre el Gobierno y el Banco, que no sólo era de dichos ocho años sino de una duración indefinida y posiblemente mayor que la estipulada en 1876, *ni se estableció tampoco restricción alguna en cuanto á las alteraciones ó aumento de tributos á que anualmente están sujetos los presupuestos y que no podían ocultarse á la previsión de las partes.*

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Marzo de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia y en la Sala primera de la del territorio por D. Juan Francisco Aguado, vecino de Yuncler, propietario, representado y defendido por el Procurador D. Julián Merinero y el Licenciado D. Federico Arriaga, con el Gobernador del Banco de España, representado por el Procurador D. Pedro Manget, bajo la dirección del Licenciado D. Luis Díaz Cobeña, sobre caducidad de una escritura de fianza; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por parte del Banco de España:

Resultando que con arreglo á la ley de presupuestos de 1867 se celebró un contrato entre el Estado y el Banco de España, por virtud del cual éste se encargó de la recaudación de las contribuciones directas, y entre otras condiciones se estableció por la 3ª, que el convenio sería por ocho años, continuando luego por la tácita hasta que alguna de las partes pidiera la rescisión, cuyas condiciones se consignaron en Real orden de 19 de Diciembre de 1867 en que se aprobó el referido convenio, que después se elevó á escritura pública en 1º de Julio de 1868, día en que principió á llevarse á debido efecto; según estaba estipulado:

Resultando que con arreglo á otras condiciones de dicho convenio el Banco procedió á hacer el nombramiento de los Delegados de provincia, recayendo el de la de Toledo á favor de D. Cástor Sierra, y de Agente del partido de Illescas en la misma provincia á D. Antonio Madrudano, el que propuso para cobrador del mismo á D. Atanasio Bertolini, en el cual recayó dicho nombramiento, del que se le expidió la oportuna credencial, en la que se le señalaba el haber anual de 400 escudos:

Resultando que en escritura otorgada en 23 de Julio de 1869, Don Juan Francisco Aguado se constituyó fiador lisa y llanamente de Don Atanasio Bertolini Herrera, y como tal fiador se obligó á responder al Banco de España de las resultas del cargo de cobrador de contribuciones del partido de Illescas, para el que había sido nombrado Bertolini por el Banco, acogiendo cuanta responsabilidad, desfalco y demás que pudiese contraer el Bertolini en el manejo de la recaudación que se le señale, remitiéndose el otorgante á la acción gubernativa que dictan las instrucciones de la Hacienda, si á ello hubiere lugar, subrrogando en las mismas el Banco de España para todas las incidencias de la recaudación de contribuciones antes mencionadas:

Resultando que posesionado Bertolini del enunciado cargo, le vino desempeñando hasta Febrero de 1879 en que se le conoció un alcance por recaudación hecho con posterioridad á 1876:

Resultando que en 4 de Setiembre de 1876 otorgaron escritura Don Manuel Cantero, como Gobernador del Banco de España, y D. Francisco Luis de Retes, Director general de Contribuciones, por la que en virtud de lo prevenido en la ley de 3 de Junio anterior sobre arreglo de la Deuda del Tesoro, convinieron que el Banco continuaría encargado desde 1º de Julio de 1876 de la recaudación de las contribuciones con sus recargos establecidos ó que se estableciesen por espacio de 12 años, contados desde 1º de Julio anterior, conforme á lo dispuesto en el art. 1º de la ley de 3 de Junio: que el Banco garantizaba las resultas de la recaudación con el capital que le constituye y sin necesidad de otra escritura que la que le obligaba al cumplimiento de este con-

trato: que la cobranza se verificaría en el mismo modo y forma que establecen los reglamentos y disposiciones vigentes para los recaudadores con responsabilidad directa á la Hacienda, sin perjuicio de las modificaciones que oyendo al Banco debían introducirse en la instrucción de 3 de Diciembre de 1869: que el Banco nombraría en cada provincia el número suficiente de Agentes ó Delegados para que en su nombre practicasen la cobranza oportunamente dentro de los plazos fijados en la instrucción; estos funcionarios tendrían los derechos y obligaciones determinados en los reglamentos y disposiciones vigentes ó que en lo sucesivo se establecieran:

Resultando que en 23 de Junio de 1879, D. Juan Francisco Aguado dedujo demanda contra el Banco de España para que se declarase que la obligación personal de la fianza lisa y llana de la escritura otorgada por el actor en 23 de Julio de 1869 caducó y quedó caducada de hecho y de derecho por la terminación del primer contrato de arrendamiento que el Gobierno y el Banco de España celebraron por virtud de la ley de 1867 y convenio aprobado en 19 de Diciembre de 1869 encargándole al último del cobro de contribuciones: que dicha ley fué derogada por la de 3 de Junio de 1886, y que lo que existe hoy es un nuevo contrato de arrendamiento distinto de aquél; mandando alzar los embargos y devolviéndosele al actor los bienes y rentas, condenando al pago de todas las costas y al de la cantidad á que asciende la indemnización de perjuicios al Banco de España; y en apoyo de esta pretensión alegó haber quedado terminado el contrato de 1867 en Junio de 1878, cuyo contrato constituía la obligación principal, de que era accesoria la fianza, porque si bien continuó el Banco después de la referida última fecha cobrando las contribuciones, esto lo hizo en virtud de nuevo contrato, puesto que por la disposición legal en que se autoriza la nueva estipulación quedó derogada la que dió causa al primero, originándose una verdadera novación, toda vez que el último contrato constituía un nuevo arrendamiento en bases y condiciones distintas que el anterior, no sólo en cuanto á la forma de nombrar los Delegados, Agentes y cobradores, sino también respecto á la forma en que debían prestar la fianza los nuevos auxiliares, y hasta por la mayor extensión que le daba á la recaudación; y que para que por consecuencia de esta obbligación quedase subsistente la accesoria del anterior contrato, ó sea la fianza en cuestión, hubiera sido necesario que se ratificase el fiador, exponiéndolo en el acto con claridad; siendo esto tanto más indispensable, cuanto que Bertolini y todos los demás Agentes de la recaudación, perdieron por el contrato de 1876 el carácter de empleados que tenían por el de 1867 y adquirieron el de subarrendatarios del servicio, por lo cual fué un atropello el embargo hecho en los bienes del actor, que le causó perjuicios que el Banco viene en la obligación de indemnizar:

Resultando que conferido traslado al Gobernador del Banco, le evacuó pretendiendo la absolución de la demanda y que se condenase al actor á perpetuo silencio y en las costas y perjuicios que hayan podido originarse al Banco por la suspensión acordada del apremio seguido para hacer efectivo el alcance: y expuso que la fianza prestada por el actor respondía al banco de la buena gestión de Bertolini, recogiendo todas las responsabilidades que éste pudiere contraer, sin limitación alguna de tiempo, lugar, ni otro concepto: que por ello, habiendo salido alcanzado Bertolini, fué perseguido por la vía ejecutiva; pero

como apareció insolvente hubo de dirigir los procedimientos contra el fiador, el que por la incoacción de la presente demanda obtuvo la suspensión de los mismos: que en tal atención y estimado que de cualquiera manera que consta que el hombre quiso obligarse queda obligado, que las fianzas no se extinguen sino por los medios generales comunes á todas las obligaciones y las especiales de la fianza, está subsistente dicha fianza, y por lo tanto obligado el actor en ella á su cumplimiento y en su defecto á la indemnización de perjuicios:

Resultando que seguido el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia del distrito, por sentencia de 14 de Julio de 1882, revocando la del Juez, declaró que la fianza otorgada por Don Juan Francisco Aguado en la escritura otorgada en 23 de Julio de 1869 quedó extinguida y caducada desde el momento en que cesaron los efectos del convenio celebrado por el Banco de España con el Gobierno de S. M. en 1867 y en que comenzó á regir el aprobado por virtud de la ley de 3 de Julio de 1876, mandó que se levante el embargo ó embargos ejecutados por la Administración económica de Toledo en nombre del Banco de España en los bienes de D. Juan Francisco Aguado, con motivo del alcance de 22.175 pesetas 29 céntimos que resultó al Recaudador de contribuciones D. Atanasio Bertolini, y que se cancele en debida forma la tan mencionada obligación de fianza, sin hacer especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que por parte del Banco de España se interpuso recurso de casación, alegando como infringidos:

1° El contrato de fianza otorgado en escritura de 23 de Julio de 1869; la doctrina sancionada por la jurisprudencia de este Tribunal en repetidas sentencias, y entre otras, las de 27 de Junio de 1862, 28 de Enero de 1865, 4 de Abril de 1867, 26 de Mayo y 18 de Noviembre de 1868, que da á los contratos fuerza de ley entre las partes que los celebraron, y señala su quebrantamiento como causa de su casación de las sentencias en que tiene lugar, y del conocido principio legal *pacta sunt servanda,* que obliga de una manera inexcusable á los contratantes á cumplir religiosamente lo que han estipulado, cuya infracción ha tenido lugar en el sentido de que habiéndose constituído D. Francisco Aguado *lisa* y *llanamente* fiador de D. Atanasio Bertolini, sin limitación alguna de tiempo, y obligándose en tal concepto á responder al Banco de España de las resultas del cargo de Recaudador conferido á aquél, la sentencia recurrida ha considerado que su fianza solo fué por el plazo fijo de ocho años, declarando en su virtud que quedó extinguido al terminar éstos á pesar de haber continuado Beriolini desempeñando dicho cargo durante otros tres años:

2° El mismo contrato de fianza; el conocido principio jurídico de que «lo necesario sigue á lo principal», y la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 8 de Marzo de 1862, declarando que «la fianza, como obligación accesoria de otra principal á la que sirve de garantía, se entiende contraída en los propios términos y con la misma extensión que ésta *cuando expresamente no se ha limitado ó restringido*;» infracción cometida en el sentido de que siendo la fianza prestada por Aguado á favor del Banco accesoria de la obligación que contrajo Bertolini al aceptar el cargo de Recaudador de contribuciones del partido de Illescas, extendiéndose ésta á todo el tiempo que durase el desempeño de dicho cargo, y no habiendo limitado ni restringido el fiador su compromiso á un plazo más corto ó

determinado, la sentencia recurrida declara, sin embargo, que la mencionada fianza caducó antes de extinguirse la obligación principal que aseguraba y cuya suerte debía seguir:

3° El proemio y ley 1ª, tít. 12 de la Partida 5ª, que declaran á la fianza accesoria de la obligación cuyo cumplimiento garantiza, y los convenios celebrados entre el Gobierno y el Banco de España en 19 de Diciembre de 1867 y 4 de Agosto de 1875 encargando al segundo la recaudación de las contribuciones directas, en el sentido de que la Sala sentenciadora ha partido al dictar su fallo del supuesto de que el primero de dichos convenios es el que debe mirarse como obligación principal respecto de la fianza prestada por Aguado en la escritura de 23 de Julio de 1869, y de que existe entre ambos una independencia absoluta que impide considerar al segundo como una prórroga á consecuencia de éste para desempeñar el servicio de la recaudación:

4° La ley 14, tít. 12 de la Partida 5ª, y la 8ª, tít. 18, libro 3° del Fuero Real que con aquella concuerda; porque la sentencia recurrida declara extinguida la fianza de D. Juan Francisco Aguado y libre á éste de las responsabilidades que le imponía antes de haber pagado cosa alguna por la obligación que con ella garantizó, sin que concurra ninguna de las cinco razones que dichas leyes señalan taxativamente para que se desate la fiadura y sin que lo pidiera judicialmente en la época en que se supone quedó caducada ni hasta que se ha tratado de hacer efectivo por el acreedor:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Leandro López Montenegro:

Considerando que la sentencia infringe la ley del contrato y demás de Partida invocadas en los motivos de que se ha hecho mención, porque al pretender el Banco de España que la responsabilidad de D. Juan Francisco Aguado traspase el período de los ocho primeros años, no le obliga ni en el tiempo ni en la cosa garantida á más de lo que él se obligó al constituirse la fianza, puesto que en ésta no se determinó tiempo en armonía con el contrato principal, que no sólo era de dichos ocho años sino de una duración indefinida y posiblemente mayor que la estipulada en 1876, ni se estableció tampoco restricción alguna en cuanto á las alteraciones ó aumento de tributos á que anualmente están sujetos los presupuestos y que no podían ocultarse á la previsión de las partes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por parte del Banco de España contra la sentencia que en 14 de Julio de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito; en su consecuencia, casamos y anulamos le referida sentencia.—(Sentencia publicada en 28 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Agosto del mismo año.)

105

Recurso de casación (28 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—DESAHUCIO.—No se admite el interpuesto por D. Tomás Marcos Tarazona con D. Vicente Antonio Llopis (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que con arreglo al art. 1694, caso 2° de la ley de Enjuiciamiento civil, no se da recurso de casación por infracción de ley en los juicios

de desahucio cuando la renta anual de la finca no exceda de 1.500 pesetas.

Resultando que D. Vicente Antonio Llopis entabló contra Tomás Marcos en el Juzgado de primera instancia de Denia demanda de desahucio de tres trozos de tierra plantados de viñas, almendros y olivos, habiendo en el centro de ellos una casita y una cisterna, en atención á que no las cultivaba á uso y costumbre de buen labrador:

Resultando que D. Tomás Marcos Tarazona impugnó la demanda por no ser cierto el hecho en que se fundaba, alegando que hacía unos 14 años tomó en arriendo de D. Vicente Llopis cinco fincas por precio de 1.012 pesetas 50 céntimos anuales, contrato que duró cuatro años, después de los que había venido disfrutando las tres primeras fincas por espacio de 10 años sin haberlo hecho de las demás por haberlas enajenado su dueño, habiendo pagado todos los años la parte correspondiente de frutos en la forma convenida:

Resultando que estimado el desahucio por sentencia que en 28 de Noviembre del año último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia revocando la del Juez inferior, ha interpuesto D. Tomás Marcos Tarazona recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que con arreglo al art. 1694, caso 2°, de la ley de Enjuiciamiento civil, no se da recurso de casación por infracción de ley en los juicios de desahucio cuando la renta anual de la finca no exceda de 1 500 pesetas, y que en el presente caso, según aparece de la alegación del mismo demandado, la renta de las tres que son objeto del pleito no llega á la indicada suma;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. Tomás Marcos Tarazona, á quien se condena en las costas: publíquese este auto en la forma prevenida por la ley, y comuníquese á la Audiencia con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada en 28 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Junio del mismo año.)

106

Recurso de casación (29 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera*. —ENTREGA DE UNA HIJA.—No ha lugar al interpuesto por Doña María Remedios Vidal con D. Enrique María Ripolls (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

1° *Que para extinguirse la patria potestad por desamparo del hijo, es necesario con arreglo á la ley 4ª; tít. 20, Partida 5ª, que aquél tenga lugar dejándolo en las puertas de la iglesia, hospital ú otro paraje de donde fuera recogido por la piedad de otro, y si á la separación voluntaria de los cónyuges, la madre se llevó consigo á la hija, nacida de aquél matrimonio, menor á la sazón de tres años, que hoy reclama su padre, no medió el abandono que exige la citada ley de Partida, que como inaplicable por esta razón al caso que se debate no ha podido ser infringida, como tampoco lo ha sido el art. 71 de la ley de matrimonio civil:*

2° *Que no habiendo recaído sentencia firme en el pleito de divorcio entablado por ambos cónyuges, no consta quién* sea aquél por cuya culpa se partió el casamiento, *y falta por lo tanto el fundamento de la ley 3ª, tít. 19, Partida 5ª para privar al padre de haber en guarda su hijo*

y encomendarlo ó la madre; y no estando por otra parte en suspenso este derecho del padre por medio del depósito provisional de la hija, que pudo y puede solicitarse y obtenerse, es evidente que la sentencia recurrida, lejos de infringirla, se atempera á lo dispuesto en dicha ley:

3º *Que regulándose la patria potestad y los modos de extinguirse por leyes expresas que lo determinan, no es lícito aplicar principios de derecho y reglas de analogía que sólo pueden tener lugar á falta de aquéllas y en casos análogos:*

4º *Que las cuestiones que no han sido objeto de discusión en el pleito no pueden serlo luego del recurso de casación;*

Y 5º Que á los Tribunales civiles corresponde conocer de todos los asuntos de índole temporal, y siendo de este orden el de la patria potestad, la Sala sentenciadora, al conocer de ella y decidirla, no infringe el cap. 20, sesión 24 de reforma del Concilio de Trento.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Marzo de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Alicante y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. Enrique María Ripolls y Morera con su esposa Doña María del Remedio Vidal sobre entrega al primero de una hija de ambos; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de la Doña María por el Procurador D. Francisco Bartuel, bajo la dirección del Licenciado D. Ignacio María Pintado, no habiendo comparecido ante este Tribunal el Ripells:

Resultando que en 3 de Octubre de 1879, D. Enrique Ripoll dedujo demanda, en la que expuso que el día 10 de Agosto de 1874 contrajo matrimonio civil ante el Juzgado municipal de Elda con Doña María del Remedio Vidal: que de él tuvieron por hija en 16 de Setiembre de 1876 á Doña María de los Desamparados Ripoll y Vidal: que dicha consorte solicitó del Juzgado se la depositase, como se efectuó, en la casa de su padre D. Antonio Vidal, en la cual se hallaba por haberse separado de su esposo voluntariamente, marchándose de Valencia, donde éste se hallaba estudiando: que en el propio Juzgado solicitó la misma alimentos provisionales, asegurándole 2 pesetas 50 céntimos diarios, que venía pagando puntualmente por mensualidades anticipadas; y que dicha hija había cumplido tres años el día 10 del indicado Setiembre; como fundamentos de derecho alegó la obligación que como padre tenía de alimentar á su hija, el derecho que para cumplirlo le asistía de que pasase á su poder después de cumplir la mencionada edad, y concluyó pidiendo que en definitiva se mandara que Doña María del Remedio Vidal entregase al D. Enrique Ripoll á su hija Doña María de los Desamparados Ripoll y Vidal en el término de tercero día, con las costas del juicio:

Resultando que librado exhorto al Juzgado de Monóvar á fin de que designara curador *ad litem* la demandada, y con él se entendiera la citación y emplazamiento, designó para tal cargo á su padre D. Antonio Vidal, quien previo el oportuno discernimiento fué emplazado, dándose poa contestada la demanda, y formulada la réplica, al duplicar alegó aquél como hechos la celebración del matrimonio, el nacimiento de la niña y la constitución del depósito, y además que la separación del matrimonio fué con consentimiento del marido, á pesar de que su torpe conducta y mal trato le hubieran autorizado: que él mismo abandonó por completo á su mujer y á su hija, las cuales hubieran perecido á no haber sido por D. Antonio Vidal que los alimentó desde el 31 de

Marzo de 1876 al 16 de Setiembre de 1877, en cuya época empezaron á percibir los alimentos que el Juzgado señaló, que satisfacía obligado y no voluntariamente: que la ley no exige para que el padre cumpla con la obligación de alimentar á sus hijos mayores de tres años que los mismos vivan en su compañía: que la única ley en la parte que se refiere á la guarda de los hijos, es para el caso en que se declare judicialmente la separación de los cónyuges, el cual no ha llegado: que atendido el abandono, desarreglo é inmoralidad de Ripoll, y estando pendiente contra él mismo una demanda de incapacidad por pródigo, la ley y la humanidad se oponen á que una niña tan tierna se separe de su madre y sus abuelos para entregarla á un padre sin juicio; y concluyó pidiendo se le absolviese de la demanda, con imposición de costas:

Resultando que recibido el pléito á prueba se practicaron las propuestas por las partes, y unidas, el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando haber lugar á la acción entablada por D. Enrique Ripoll, y en su virtud mandó que Doña María de los Remedios Vidal entregase al mismo en el término de tercero día la hija de ambos María de los Desamparados Ripoll y Vidal, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que en 8 de Noviembre de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por parte de Doña María del Remedio Vidal, se interpuso recurso de casación, alegando como infringidos:

1º El art. 71 de la ley de matrimonio civil y la ley 4ª, tít. 20, Partida 4ª, segun la que la patria potestad se suspende ó extingue por el abandono del hijo, porque D. Enrique Ripoll, que como consta probado hizo abandono completo de su mujer y de hija, y que faltando á obligaciones sagradas expuso así á perecer á su inocente hija, es evidente que por ministerio de esa ley de Partida ha perdido todo derecho divino y humano para arrebatar á una niña á la que ni siquiera conoce, separándola de su madre y abuelos:

2º La ley 3ª, tít. 19, Partida 4ª, por cuanto esta ley no establece, como parece suponerse en la sentencia recurrida, que pasados los tres años del período de la lactancia ha de volver el hijo alimentado á poder de su padre; la obligación de dar alimentos es independiente de la existencia de la patria potestad y del punto donde resida el alimentado; la indicada ley es sólo referente al caso de divorcio como sus análogas de la ley de matrimonio civil, núm. 2º, art. 88, y aplicable sólo por el Tribunal que del mismo entendía; el derecho del padre para exigir que el hijo viva en su compañía no es absoluto, pues como en el actual debate, hay justas causas que legitiman la excepción:

3º El principio de derecho *ubi eadem est ratio eadem est juris dispositio*, que establecen las leyes 12 y 13, tít. 13, libro 1º; 32, tít. 2º, libro 9º del Digesto, y 36, tít. 34, Partida 7ª, porque es obvio que si el pleito existre entre D. Enrique Ripoll á instancia de su esposa sobre declaración de incapacidad de aquél por pródigo ha suspendido ó limitado parte de sus derechos dominiales con la anotación preventiva realizada en el Registro de la propiedad de Alicante, han de suspenderse también cuando menos sus derechos de patria potestad con respecto á su hija abandonada:

4º Las disposiciones contenidas en el cap. 20, sesión 24 de reforma del Concilio de Trento, hoy vigente, en que se establece la competencia de los Tribunales eclesiásticos en materia de divorcio, por cuanto

estando pendiente á punto de terminarse los autos de divorcio de los citados consortes ante el Tribunal eclesiástico de Orihuela, ha debido esperarse la terminación de este litigio, pues sólo en él es donde puede y debe decidirse con verdadera competencia á cuál cónyuge corresponde tener en su poder á la niña reclamada:

5° La ley 73, regla 36, tít. 36, Partida 7ª, que establece que en ciertos casos debe decidirse por las reglas de la analogía y del buen sentido; principio también admitido por D. Jaime en las famosas palabras *ubi jus non suficieri ad naturalem sendum et equitatem recurratur*; estos principios de alta justicia y de equidad se oponen necesariamente á que se condene á una tierna niña abandonada al nacer por sus padres, y por eso llamada María de los Desamparados, á una muerte cierta arrancándola del regazo de su madre para entregársela á una persona que tal comportamiento tuvo con ella, que la había de dejar en manos peores que las de una madrastra, y todo tal vez por satisfacer un sentimiento poco levantado contra la madre, y del que será aquella inocente niña la primera víctima:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que para extinguirse la patria potestad por desamparo del hijo es necesario con arreglo á la ley 4ª, tít. 20, Partida 5ª, que aquél tenga lugar dejándolos en las puertas de la iglesia, hospital ú otro paraje de donde fuera recogido por la piedad de otro, y en el caso presente, á la separación voluntaria de los cónyuges D. Enrique María Ripoll y Doña María del Remedio Vidal, la madre se llevó consigo á la hija nacida de aquel matrimonio, menor á la sazón de tres años, que hoy reclama su padre, y por consiguiente no medió el abandono que exige la citada ley de Partida, que como inaplicable por esta razón al caso que se debate no ha podido ser infringida, y por lo mismo tampoco lo ha sido el art. 71 de la ley de Matrimonio civil que también se cita en dicho motivo:

Considerando que no habiendo recaído sentencia firme en el pleito de divorcio entablado por ambos cónyuges, no consta quién *sea aquel por cuya culpa se partió el casamiento*, y falta por lo tanto el fundamento de la ley 3ª, tít. 19, Partida 5ª para privar al padre de haber en guarda su hijo y encomendarlo á la madre; y no estando por otra parte en suspenso este derecho del padre por medio del depósito provisional de la hija, que pudo y puede solicitarse y obtenerse, es evidente que la sentencia recurrida, lejos de infringrir como se supone en el segundo motivo, se atempera á lo dispuesto en dicha ley:

Considerando en cuanto al 3° y 5°, que regulándose la patria potestad y los modos de extingirse por leyes expresas que lo determinan, no es lícito aplicar principios de derechos y reglas de analogía que sólo pueden tener lugar á falta de aquéllas y en casos análogos; circunstancias ambas que faltan en el presente, y son por consiguiente inaplicables las que se citan en dichos motivos:

Considerando respecto al 4° que aparte de que no ha sido objeto de discusión en el pleito la cuestión que en él se propone y no puede por ello serlo de la casación, á los Tribunales civiles corresponde conocer de todos los asuntos de índole temporal, y siendo de este orden el de la patria potestad, la Sala sentenciadora al conocer de ella y decidirlo en el sentido que lo ha hecho, no ha infringido al cap. 20, sesión 24 de la reforma del Concilio de Trento que en dicho motivo alega;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al re-

curso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña María del Remedio Vidal, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectivo si mejorase de fortuna se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Valencia con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada en el 29 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* del 27 de Agosto del mismo año.

107

Recurso de casación (30 *de Marzo de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—No ha lugar al interpuesto por D. Joaquín Ferrer y Compañía con D. Juan Llusá (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que las tercerías de mejor derecho han de fundarse en el que pretende tener el tercer opositor para ser reintegrado de su crédito con preferencia al del ejecutante, y es por tanto indispensable que sea una misma persona ó entidad jurídica el deudor de ambos créditos, ó que el tercero sea, lo mismo que el ejecutante, acreedor del ejecutado, según tiene declarado el Tribunal Supremo:*

2° *Que resuelta conforme á este criterio legal la cuestión del pleito, absolviendo de la demanda entablada, no tiene aplicación al caso, ni han podido ser infringidos, los artículos del Código de Comercio relativos á la responsabilidad de los socios de compañías mercantiles y de los intereses de que pueden disponer para pagar á sus acreedores particulares, y sobre el modo de acreditar la existencia legal de una Compañía mercantil;*

Y 3° *Que tampoco infringe la sentencia la ley 8ª, título 22 de la Partida 3ª, porque según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo, corresponde á la Sala sentenciadora apreciar la buena ó mala fe de los litigantes para el efecto de imponerles las costas de la primera instancia.*

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Marzo de 1883, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de las Afueras de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Joaquín Ferrer y Compañía y otras razones sociales, del comercio de la expresada ciudad, representada por el Procurador D Luis Lumbreras, bajo la dirección en el acto de la vista del Abogado D. Francisco Andréu, con D. Juan Llusá y Puig, y en su nombre el Procurador D. Federido Grases, dirigido en el propio acto por el Licenciado D. Francisco Fasant, y D. Ignacio Puig y Vilaplana, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que D. Ignacio Puig y Vilaplana otorgó escritura en la ciudad de Barcelona á 18 de Agosto de 1877, en la que confesó que por resultado de los negocios de comercio que había tenido con D. Juan Llusá adeudaba á éste la cantidad líquida de 84.786 pesetas 40 céntimos, obligándose á verificar su pago en 14 plazos, que vencían el 15 de Noviembre de 1880; pudiendo el acreedor, si dejase de pagar cualquiera de dichos plazos, considerarlos todos como vencidos y reclamar el importe de toda la deuda; dando el otorgante como garantía especial para el pago de dicha cantidad el establecimiento de géneros que ténia

y poseía en la calle de Jerusalén, núm. 1, prometiendo no venderla ni gravarle en manera alguna mientras no quedase pagada del todo dicha deuda; facultando especialmente á Llusá para que en el caso de no ser satisfecho á su vencimiento alguno de los plazos estipulados, ó en el de que por cualquier acreedor de Puig se tratase de proceder judicialmente contra éste, pudiese Llusá incautarse desde luego y sin intervención alguna judicial del indicado establecimiento, haciéndose cargo de todos los géneros, efectos y créditos existentes, y administrarlo por sí ó por por tercera persona hasta quedar cubierto de la totalidad de la deuda, intereses y gastos, D. Juan Llusá aceptó el reconocimiento de la deuda y promesa de pago; y presente también D. Arturo Guardiola, dijo que habiéndose constituído en Sociedad comanditaria con D. Ignacio Puig á fin de practicar las operaciones propias del establecimiento que éste poseía y al cual se contraía aquella escritura, y habiendo exigido Llusá que concurriese á ella el otorgante para aceptar como propia de la Sociedad la deuda reconocida en dicha escritura, desde luego quería y consentía que de la deuda expresada se considerase propia y particular de la Sociedad Ignacio Puig y Compañía, al mismo tiempo que propia y particular del nombrado D. Ignacio Puig, pudiendo Llusá hacer efectivos todos y cada uno de los derechos que aquella escritura le concedía, lo mismo contra la razón social Ignacio Puig y Compañía como contra D. Ignacio Puig, sin limitación ni reserva alguna en el ejercicio de tales derechos por la existencia de la referida Sociedad:

Resultando que requerido D. Ignacio Puig por Llusá para al pago de toda la suma consignada en la escritura por haber vencido el primer plazo que debió satisfacer sin haberlo verificado, con más todos los gastos, daños y perjuicios originados por la falta de cumplimiento, como no lo verificase se decretó el embargo preventivo de los géneros y ajuar de la tienda y créditos que se especificaron, todo lo cual fué depositado y despachado después mandamiento de ejecución por la expresada suma, intereses y costas, cuya diligencia se entendió con su dependiente por no haber sido encontrado aquél en la tienda, se trabó dicha ejecución en los bienes preventivamente embargados, dictándose á su tiempo, en 5 de Diciembre siguiente, sentencia de remate:

Resultando que en 13 del propio mes de Diciembre, D. Joaquín Ferrer y Compañía; Borrell y Pujadas; Soldevila, Boada, Colomer y Compañía; Matas Paloma y Serra; Solsona Estruch y Compaña; Francisco Serrat, en liquidación; D. Bartolomé Baltá, Ricart y Compañía, y Don José Nogués, fabricantes y del comercio de aquella plaza, acompañando facturas de los géneros que á partir de 16 de Octubre de 1877 les había comprado respectivamente la razón social Puig y Compañía, importantes á una suma la cantidad de 28.889 pesetas 84 céntimos, dedujeron la demanda objeto de estos autos para que se declarase que tenían mejor derecho que el ejecutante D. Juan Llusá á ser reintegrados de sus respectivos créditos con el importe de los bienes embargados á D. Ignacio Puig por ser pertenecientes á la Sociedad de Puig y Compañía, declarando la preferencia á favor de los demandantes por las cantidades indicadas, condenándose al pago de las costas al ejecutante si se opusiera á aquella demanda; y en todo caso al ejecutado por su notoria temeridad; alegando en apoyo de su pretensión después de hacer mérito de la escritura mencionada, que se observaba en ella el dolo y la maquinación de los otorgantes en perjuicio de los acreedores legítimos y en detrimento de la buena fe que era el alma del co-

mercio: que el establecimiento que dió en garantía Puig no le pertenecía, sino que era propio de la Sociedad Puig y Compañía, por lo cual al final de la escritura, D. Arturo Guardiola, que se dijo socio comanditario, aceptó y reconoció la deuda como propia de la Sociedad, pudiendo Llusá dirigir sus reclamaciones en uno y otro concepto, lo cual no lo consentía la ley ni lo admitían las buenas prácticas mercantiles ni el derecho civil: que la cantidad simplemente reconocida debía ser objeto de indagación de la causa y origen del deber, no comprendiéndose que en tan poco tiempo se consumiera una cantidad tan exhorbitante, mientras que el establecimiento se surtía de los fabricantes é industriales de aquella capital, á quienes se dejaba en descubierto: que la escritura base de la ejecución no estaba firmada por D. Juan Llusá: que la deuda se suponía contraída por la confesión y reconocimiento del particular D. Ignacio Puig y luego por la simple presencia de Don Arturo Guardiola, que decía ser socio comanditario, comprendiéndose fácilmente el objeto premeditado de introducir la confusión, pues se ejercitaba la acción contra el particular D. Ignacio Puig, y luego al hacerse el embargo preventivo se constituía el alguacil con el actuario y el Procurador de Llusá en el establecimiento de Puig expresándose ser la habitación de éste, siendo así que era el establecimiento social de Puig y Compañía y habitación del Gerente: que desde el embargo preventivo D. Ignacio Puig, Gerente de la Sociedad, desapareció, ignorándose su paradero, y que procedía la preferencia sobre los bienes embargados, pues como se justificaría, pertenecían á la Sociedad Puig y Compañía:

Resultando que conferido traslado al ejecutante y al ejecutado, antes de que se le comunicaran los autos al Procurador de los demandandantes, presentó un nuevo escrito en nombre de D. Ramón Batllé y Cantó, D. Miguel Senesteba, la razón social Blanch Soler Torrás y Compañía, la Sociedad Torres Fábregas y Compañía, la razón social Clerch hermano y Compañía, la Sociedad Suñer y Broca, D. Cayetano Fábregas y Cabot, D. Miguel Riera y Ribot, D. José Senesteba y Espach, D. Francisco Vilumara y otras dos sociedades que después se separaron del pleito, reproduciendo los hechos y fundamentos de derecho consignados en la demanda formulada por los demás acreedores, de la cual se considerase aquélla como un aditamento, y pidiendo que en definitiva se declarase que los nuevos comparecientes tenían mejor y preferente derecho que el ejecutado á ser reintegrados con el importe de los bienes embargados á D. Ignacio Puig por ser pertenecientes á la Sociedad de Puig y Compañía del importe de sus respectivos créditos, procedentes de géneros suministrados á la indicada razón social, importantes á una suma la cantidad de 12.162 pesetas.89 céntimos:

Resultando que D. Juan Llusá impugnó la demanda alegando que casi todos los que figuraban como demandantes lo eran en concepto de sociedades mercantiles, negando que hubieran sido constituídos por medio de escritura pública, y por ello que tuvieran ni pudieran tener acción alguna, sin que pudiera servir de comprobante la certificación de los poderes: que los documentos presentados con la demanda eran privados, firmados por los mismos demandantes, sin aprobación ni conformidad del supuesto deudor, por lo cual nada probaban y no eran de eficacia alguna, negando formalmente las operaciones y créditos que indicaban las facturas producidas: que en todo caso tales operaciones ó créditos se decían con y contra la Sociedad de Ignacio Puig y Compa-

ñía determinada precisamente, y los bienes embargados no eran de la Sociedad, de manera que se procedía contra fondos distintos de los contra que se decían aquéllos supuestos créditos aducidos á la tercería: que el crédito del ejecutante se fundaba en una escritura pública que había sido juzgada como crédito real y efectivo en una sentencia ejecutoria, y que no había sido impugnada eficazmente ni en forma seria alguna: que si bien en la copia de la escritura no se incluía la firma de Llusá se hallaba en el original, siendo por tanto una omisión de la copia: que en la demanda se reconocía, como así era cierto, que en la negada hipótesis de que existiera la Sociedad Puig y Compañía, ésta se obligó al debitorio como deuda propia y social: que en lo demás eran inexactos los hechos de la demanda; y que en resumen, por parte de los demandantes se trataba de contraponer unos créditos no reconocidos ni acreditados, á todas luces quiméricas, y en todo caso puramente comunes y privados, nacidos en su mayoría con posterioridad al debitorio fundamento de la ejecución á favor de entidades que no constaban constituídas legalmente, y en todo caso contra bienes distintos de los embargados á un crédito de la clase de el del ejecutante, legítimamente constituído y declarado judicialmente escriturario por su naturaleza y contraído sobre los mismos efectos ejecutados como especial hipoteca ó prenda, y oponiendo las excepciones *sine actione agis*, de dolo y demás procedentes, pidió se le absolviese de la demanda, con imposición á los demandantes de las costas y los intereses legales de la cantidad retenida en depósito ó secuestro de la interposición de la tercería ó de la realización de los bienes embargados, como uno de los perjuicios irrogados con la demanda y su temeridad:

Resultando que el ejecutado D. Ignacio Puig la impugnó también por no considerarse deudor de ninguna de las cantidades que en ella se reclamaban, reconociendo como cierto el crédito por el cual se despachó la ejecución, correspondiéndole en propiedad el establecimiento y surtido que le fué embargado con motivo de dicho juicio:

Resultando que recibido el pleito á prueba, las sociedades demandantes la suministraron para acreditar su constitución y existencia y la certeza de sus respectivos créditos: que á instancia del ejecutante Llusá informó el Gobernador de la provincia con referencia al Registro general de escrituras de comercio que desde el año de 1874 no existía registrada escritura alguna á nombre de Ignacio Puig y Compañía ni la de Puig y Compañía, y que la Administración económica de la provincia informó asimismo que en 16 de Octubre de 1874 presentaron los Sres. Puig y Compañía alta de vendedores de telas de seda, lana y algodón en la calle de Jerusalén, núm. 1; y que en Abril de 1878 á nombre de dicha razón social se presentó la declaración de baja de la citada industria, habiéndose presentado también en los autos dos facturas encabezadas «Venta al por mayor y menor en sederías, lanas, etc.,» de Puig y Compañía, calle de Jerusalén, núm. 1, y con el recibí una de Puig y Compañía y otra de J. Puig y Compañía:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, dictó sentencia la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 25 de Mayo de 1882, revocatoria de la de primera instancia, absolviendo á D. Juan Llusá y Puig y á D. Ignacio Puig y Vilaplana de la demanda de tercería de mejor derecho promovida por D. Joaquín Ferrer y litissocios, condenándoles al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer especial condenación de las de la segunda:

Resultando que D. Joaquín Ferrer y Compañía y consortes interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° El art. 267 y en su caso el 270 del Código de Comercio, según los cuales en las sociedades mercantiles colectivas, todos los socios y en las comanditarias los administradores, son solidariamente responsables del resultado, de las operaciones, con arreglo á cuyo principio fuese colectiva la Sociedad Ignacio Puig y Compañía ó fuese comanditaria, como se afirmó en la escritura otorgada por Puig á Llusá, aquél era responsable personalmente de las operaciones que practicó como Gerente de la razón social Ignacio Puig y Compañía, y por lo tanto era personalmente deudor de las cantidades que acreditaban los terceristas:

2° El art. 296 del Código de Comercio, á tenor del cual los acreedores particulares de un socio no pueden extraer de la masa social por virtud de sus créditos los fondos que en ella tenga su deudor, y sólo le será permitido embargar la parte de intereses que pueda corresponder á éste en la liquidación de la Sociedad para percibirla en el tiempo en que el deudor podía hacerlo, toda vez que la sentencia reconocía que el ejecutante era acreedor particular de D. Ignacio Puig, que los terceristas eran acreedores por resultado de contratos celebrados con éste como Gerente y en representación de la Sociedad Ignacio Puig y Compañía, y estaba probado que los géneros embargados á instancia del acreedor particular eran bienes sociales, como existentes en el local en donde practicaba su negocio y estaba establecida la Sociedad, hallándose destinados al tráfico de las mismas:

3° El art. 311 del Código de Comercio, pues disponiendo que las negociaciones hechas por los socios en nombre propio no se comunican á la Compañía ni la constituyen en responsabilidad alguna, y aceptándose en el fallo la calificación de deuda personal respecto á la de Puig á favor de Llusá, al autorizar á éste para realizar su crédito sobre sociales se sujetaba á responsabilidad á la Compañía por razón de dicha deuda:

4° Los artículos 28 y 285 del Código de Comercio, en cuanto por ellos se ordena que la falta de inscripción en el Registro mercantil de una escritura no le quita eficacia en favor de los terceros que hayan contratado con la Sociedad, y que aun la falta de escritura, si es excepción contra toda acción que intente la sociedad no puede ser fundamento de excepciones por ésta opuesto, toda vez que la sentencia absolvía á los demandados por no resultar justificada la existencia legal de la Sociedad Ignacio Puig y Compañía, y con ello acepta esta falta de formalidad como fundamento de una excepción opuesta á una acción ejercitada por terceros que contrataron con la Sociedad:

5° El art. 17 del Código de Comercio, reformado por la ley de 30 de Julio de 1878, según el cual el ejercicio habitual del comercio se supone para los efectos legales cuando una ó más personas anuncian al público por circulares ó por los periódicos ó por carteles ó por rótulos permanentes expuestos en lugar público un establecimiento que tenga por objeto cualquiera de las operaciones que en el Código se declaran como actos positivos de comercio, y á estos anuncios se seguía que la persona se ocupaba realmente en actos de esta misma especie, y se comprobaba el hecho por la contribución que pagase del impuesto industrial; todo lo cual se reconocía y constaba en la misma escritura que fué título ejecutivo de Llusá, y sin embargo la sentencia negaba la consideración de Sociedad mercantil á Ignacio Puig y Compañía;

Y 6° La ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª, citada en la sentencia como fun-

damento de la imposición de costas en la primera instancia, por cuanto habiendo justificado los recurrentes todos los hechos en que apoyaron su demanda, y apareciendo de los autos que en realidad eran acreedores por ciertos y legítimos títulos que habían sido notablemente perjudicados en sus intereses, aun cuando razón no hubiesen tenido para demandar, podría tan sólo imputarles error de derecho, sin que pudiera con arreglo á los principios de la citada ley afirmarse que hubieran obrado maliciosamente ni por tanto condenarles en las costas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que las tercerías de mejor derecho han de fundarse en el que pretende tener el tercer opositor para ser reintegrado de su crédito con preferencia al del ejecutante, y es por tanto indispensable que sea una misma persona ó entidad jurídica el deudor de ambos créditos, ó que el tercero sea, lo mismo que el ejecutante, acreedor del ejecutado, según tiene declarado este Tribunal Supremo:

Considerando que la ejecución se despachó contra D. Ignacio Puig y Vilaplana por una deuda personal que reconoció en escritura pública á favor del ejecutante D. Juan Llusá, y los creditos cuya preferencia reclaman los recurrentes por medio de su demanda de tercería de mejor derecho proceden de ventas de géneros, hechas unas á la razón social Puig y Compañía y otras á la de Ignacio Puig y Compañía, que no han sido parte en el pleito, resultando por consiguiente que son distintas las personas jurídicas de los deudores:

Considerando que aun en el supuesto no probado en que los recurrentes fundan su demanda de pertenecer á la Sociedad mercantil Puig y Compañía los bienes embargados como de la propiedad particular del ejecutado Puig y Vilaplana, esto podría servir de fundamento al ejercicio de otras acciones no deducidas en el pleito; pero de ningún modo á la demanda de tercería de mejor derecho que han entablado, porque no existiendo un deudor común no hay términos hábiles para graduar y determinar la respectiva preferencia de los créditos reclamados:

Considerando que resuelta conforme á este criterio legal la cuestión del pleito, absolviendo de la demanda entablada, no tienen aplicación al caso ni han podido ser infringidos los artículos del Código de Comercio que se citan en los cinco primeros motivos del recurso, relativos á la responsabilidad de los socios de compañías mercantiles y de los intereses de que pueden disponer para pagar á sus acreedores particulares, y sobre el modo de acreditar la existencia legal de una Compañía mercantil:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la ley 8ª, tít. 22 de la Partida 3ª, citada en el sexto motivo, porque según tiene declarado con repetición este Tribunal Supremo, corresponde á la Sala sentenciadora apreciar la buena ó mala fe de los litigantes para el efecto de imponerles las costas de la primera instancia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Joaquín Ferrer y Compañía y consortes, á quienes condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 30 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Agosto del mismo año.)

108

Recurso de casación (30 *de Marzo de* 1883).—*Sala tercera.*—Reivindicación.—No se admite el interpuesto por D. Manuel Sánchez Rivadeneira con Doña Francisca y Doña Josefa López Quiroga (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1º *Que según lo dispuesto en los artículos* 1689 *y* 1690 *de la ley de Enjuiciamiento civil, se da el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias; y que tienen este concepto además de las que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente ó artículo, pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación;*

Y 2º Que no tiene el carácter de sentencia definitiva el auto que trata únicamente de una declaración de rebeldía y de la improcedencia de un embargo, pues nada resuelve sobre el fondo del pleito, ni impide la continuación del mismo.

Resultando que D. Manuel Sánchez Rivadeneira entabló demanda de reivindicación de bienes en el Juzgado de Monforte contra Doña Francisca y Doña María Josefa López Quiroga y otros, que habiendo solicitado que mediante su rebeldía se procediese al embargo de sus bienes, le fué negada esta pretensión en providencia de 16 de Febrero de 1881:

Resultando que el demandante pidió reforma pretendiendo que se declarase en rebeldía á otro de los demandados, y que el Juez, en auto de 23 de dicho mes, denegó la reposición, reservándose proveer sobre la declaración de rebeldía luego que aquella resolución fuera ejecutoria:

Resultando que interpuesta apelación por Sánchez Rivadeneira, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña confirmó, con las costas, en 10 de Julio de 1882 el auto apelado, y que habiendo obtenido certificación de él ha interpuesto en este Supremo Tribunal recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que según lo dispuesto en los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, se da el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, y que tienen este concepto, además de las que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que el auto recurrido que dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en 10 de Julio último, confirmatorio de otro del Juez de primera instancia de Monforte, no tiene el carácter de sentencia definitiva, pues tratándose únicamente de una declaración de rebeldía y de la improcedencia de un embargo, no resolvió nada sobre el fondo del pleito, ni impide la continuación del mismo;

No ha lugar, con las costas, á la admisión del recurso interpuesto por D. Manuel Sánchez Rivadeneira; dése conocimiento de éste auto á la Audiencia de la Coruña con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese en la forma prevenida por la ley.—(Sentencia publicada el 30 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Junio del mismo año.)

109

Recurso de casación (2 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE CANTIDAD.—Ha lugar al interpuesto por D. Manuel Sánchez Delgado con la Sociedad *El Timbre* (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que admitida en un sólo efecto la apelación interpuesta por algunos acreedores de la sentencia aprobando el convenio y rehabilitando expresamente el deudor, con lo demás relativo á la entrega de bienes, libros y papeles que determina para estos casos el art. 1160 del Código de Comercio, es indudable que el repetido fallo fué desde luego de inmediata ejecución, sin perjuicio del resultado de la apelación antes indicada, con arreglo al art. 71 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil y doctrina legal inconcusa en materia de apelaciones.

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista de esta misma corte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Manuel Sánchez Delgado, comerciante, vecino de Almería, con la Sociedad denominada *El Timbre*, domiciliada en esta corte, sobre pago de cantidad, en la actualidad sobre nulidad de todo lo actuado; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Aureliano Linares Rivas y el Procurador D. Manuel Martín Veña, en defensa y representación de Sánchez Delgado; habiéndolo sido en este recurso la Sociedad demandada, por el Licenciado D. Francisco Silvela y el Procurador D. Luis Lumbreras:

Resultando que por auto del Juzgado de primera instancia de Almería de 3 de Abril de 1878 fué declarado D. Manuel Sánchez Delgado, á su instancia, en estado de quiebra, fijándose la época de la retroacción, nombrando comisario y depositario y proveyendo á todos los demás extremos establecidos en el art. 1044 del Código de Comercio, entre ellos el de convocar á junta general de acreedores, para cuyo acto se señaló el dia 3 del siguiente mes de Mayo:

Resultando que en dicha junta admitió la mayoría de los acreedores un convenio que presentó el representante del quebrado Sánchez Delgado, contra cuyo convenio formularon opinión los acreedores D. José de Burgos y Real y D. Ignacio Figueroa, que fueron desestimadas por sentencia de aquel Juzgado de 21 de Agosto del mismo año 1878 que aprobó el convenio celebrado, declarando desde luégo rehabilitado á D. Manuel Sánchez Delgado para todos los efectos legales y mandando que el depositario procediera á hacerle entrega de todos los bienes, libros y papeles de la quiebra en presencia del comisario, con otros pronunciamientos:

Resultando que de esta sentencia apeló el acreedor Burgos, que había ya apelado anteriormente de un auto dictado en 8 de Julio; apelación que le había sido admitida en un solo efecto en 12 del mismo mes; en virtud de cuyas apelaciones la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, en sentencia de 8 de Julio de 1879 declaró la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto de 12 de Julio de 1878, y mandó reponer las cosas en todo lo posible al ser y estado que tenían en dicha fecha; y en su ejecución dictó otra en 31 de Julio de 1880 declarando que sin mérito á hacer nueva declaración de quiebra de Sánchez Del-

gado, continuase éste en la situación legal en que se encontraba el susodicho día 12 de Julio de 1878 y que el depositario y comisario continuasen en los cargos que en dicha fecha desempeñaban:

Resultando que en vista de lo resuelto por la Audiencia dictó providencia el Juzgado de Almería en 5 de Noviembre de 1880, reponiendo los autos al ser y estado que tenían en 12 de Julio de 1878, continuando Sánchez Delgado en la misma situación legal en que se encontraba en dicha fecha, reintegrando al comisario y depositario en sus respectivos cargos, con otros particulares referentes á la incautación de efectos, libros y papeles de la quiebra; y acordando, por último, que se admitieran las alegaciones y las pruebas que las partes propusieran en el término que aún restaba:

Resultando que terminada de nuevo la sustanciación de dicho incidente de oposición al convenio; dictó auto el Juez de Almería en 4 de Enero de 1881 desestimando las oposiciones deducidas por D. José de Burgos y Real y D. Ignacio Figueroa, y aprobando en su consecuencia el convenio acordado entre Sánchez Delgado y sus acreedores en la junta general celebrada en 3 de Mayo de 1878; declarando desde luégo á Sánchez Delgado en aptitud para continuar las operaciones mercantiles, y mandando que el depositario procediera á hacer entrega á aquél de todos los bienes, libros y papeles de la quiebra en presencia del comisario, rindiéndole la oportuna cuenta de su administración:

Resultando que en 1° de Mayo de 1874 empezó á ejercer D. Manuel Sánchez Delgado el cargo de Administrador de la Sociedad *El Timbre* en Almería, para lo cual constituyó una fianza de 110.000 rs., y vino en el desempeño de dicha administración hasta 1878, en que la renunció y fué concedida á su hermano D. Federico, consintiendo en que su fianza sirviese de garantía á éste; á consecuencia de lo cual dedujo en esta corte en 26 de Abril de 1880 demanda civil ordinaria contra la susodicha Sociedad, con la solicitud de que se condenase á ésta á pagarle 2.929 pesetas 56 céntimos y el 2 por 100 de la cantidad en que la recaudación hubiese excedido del tipo señalado por la venta en Almería durante los años de 1874 á 78 inclusive:

Resultando que la Sociedad demandada compareció en los autos después de acusada la rebeldía y haberse tenido por contestada la demanda, y se opuso á ésta en el escrito de dúplica, pidiendo que se le absolviese de ella y se impusiese al actor perpetuo silencio y pago de costas; y llegado el juicio al período de prueba, al proponer la suya dicha Sociedad, manifestó por un otrosí que había tenido noticia de que el demandante D. Manuel Sánchez Delgado se hallaba declarado en estado de quiebra por sentencia de la Audiencia de Granada en 31 de Julio de 1880, lo cual le privaba de capacidad para continuar ejercitando por sí las acciones que le correspondiesen, y solicitó, jurando ser un hecho nuevo el expuesto, del que no había tenido conocimiento hasta la fecha, que se librara un suplicatorio á la Audiencia de Granada para que con citación contraria mandara extender y remitiera un testimonio de la referida sentencia:

Resultando que estimada esta pretensión por el Juzgado, se trajo al pleito certificación del fallo susodicho, y terminada la sustanciación de la instancia, dictó sentencia el Juez de primera instancia del distrito de Buenavista de esta corte en 5 de Setiemcre de 1881 declarando que D. Manuel Sánchez Delgado, como declarado en quiebra, se halla inhabilitado para por sí y ante sí y sin representación de la misma ha-

ber entablado la demanda; cuyo acto, como las demás diligencias de autos, se declaraban nulos, absolviendo á la Sociedad El Timbre de dicha demanda, con imposición de costas al demandante, sin perjuicio del derecho que pueda corresponder á los representantes de la quiebra de D. Manuel Sánchez Delgado para ejercitar las acciones que á este puedan corresponder contra la indicada Sociedad:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia del territorio en virtud de apelación admitida en ambos efectos á Sánchez Delgado, se recibieron á prueba á instancia de éste, y por su parte se trajo á los autos testimonio de la sentencia dictada por el Juez de Almería en 21 de Agosto de 1878 y del auto dictado por el mismo en 4 de Enero de 1881, en el juicio de quiebra; y á instancia de la Sociedad demandada, declaró Sánchez Delgado que era cierto que el auto del Juez de Almería de 4 de Enero de 1881, por el que se aprobó el convenio celebrado con sus acreedores y se le declaró en aptitud para continuar sus operaciones mercantiles, había sido apelado y se hallaba pendiente la apelación de la Audiencia de Granada; pero que dicha apelación había sido admitida en un solo efecto:

Resultando que celebrada vista pública ante la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, dictó auto para mejor proveer, en cumplimiento del cual se hizo constar por el Secretario de la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, que entiende de la apelación interpuesta contra el auto del Juez de Almería de 4 de Enero de 1881, que dicha apelación se hallaba pendiente desde 28 de Mayo de dicho año 1881 del trámite de expresión de agravios; y en 21 de Junio del año próximo pasado dictó sentencia la susodicha Sala confirmando, con las costas á cargo del apelante Sánchez Delgado, la dictada por el Juzgado:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas en el establecimiento destinado al efecto, interpuso D. Manuel Sánchez Delgado recurso de casación por considerar infringidos:

1º El art. 1160 del Código de Comercio en cuanto se niega capacidad á un quebrado rehabilitado por sus acreedores:

2º El art. 71 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, por la que se tramitó este pleito, porque se niega la facultad de ejecutar una sentencia apelada en un solo efecto;

Y 3º La doctrina legal que declara que no pueden impedir la ejecución de las sentencias las apelaciones en el efecto devolutivo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que admitida en un solo efecto la apelación interpuesta por algunos acreedores de D. Manuel Sánchez Delgado de la sentencia que en 21 de Agosto de 1878 dictó el Juez de primera instancia de Almería aprobando el convenio de 3 de Mayo del mismo año, y rehabilitado expresamente á dicho deudor, con lo demás relativo á la entrega de bienes, libros y papeles que determina para estos casos el art. 1160 del Código de Comercio es indudable que el repetido fallo fué desde luego de inmediata ejecución, sin perjuicio del resultado de la apelación antes indicada:

Considerando que si bien al decidir este recurso la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada acordó por su sentencia de 8 de Julio de 1879 que se repusieran las costas en todo lo posible al ser y estado que tenían en 12 de igual mes de 1878, este proveído no llegó á cumplirse por haberse suscitado nuevas complicaciones que dieron lugar

á otra apelación de D. José Burgos, quedando entre tanto en el ejercicio de sus derechos civiles el mencionado deudor, sin que conste que la representación de éste pasara á la masa de acreedores por virtud de la sentencia que en 31 de Julio de 1880 dictó dicho Tribunal Superior al resolver dicha apelación, porque aprobado de nuevo el convenio de 4 de Enero de 1881 y admitida sólo en el efecto devolutorio la apelación que de dicha providencia tiene interpuesta D. José de Burgos, este recurso no puede suspender su ejecución, con arreglo al art. 71 de la ley de Enjuiciamiento civil por que se tramitaron dichos autos en la primera instancia y á la doctrina legal inconcusa en materia de apelaciones:

Considerando que por todo lo expuesto que al interponer D. Manuel Sánchez Delgado la demanda origen de estos autos en 26 de Abril de 1880 se hallaba en el ejercicio de sus derechos civiles y en su consecuencia con capacidad legal para comparecer en juicio á sostener sus acciones, cuya cualidad por otra parte no ha podido perder en razón de la quiebra, sin que otra entidad jurídica le represente y sustituya, lo cual no ha tenido lugar por la inmediata celebración del convenio y no haber llegado el caso del nombramiento de síndicos:

Considerando que al no estimarlo así la sentencia recurrida, atribuyendo efecto suspensivo á las apelaciones admitidas sólo en el devolutivo y deduciendo de ello como único fundamento de su decisión la incapacidad legal de D. Manuel Sánchez Delgado para comparecer en juicio, infringe el art. 71 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y la doctrina legal de que se hace mérito en los motivos 2° y 3°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Sánchez Delgado, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 21 de Junio del año próximo pasado dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte; y devuélvase al recurrente el depósito que tiene constituído. —(Sentencia publicada el 22 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Agosto del mismo año.)

110

Recurso de casación en la forma (3 *de Abril de* 1883).—*Sala tercera*.—DEFENSA POR POBRE.—No há lugar al interpuesto por Doña María Réus con D. Gabriel Oliver (Audiencia de Palma), y se resuelve:

1° *Que el art.* 343 *de la ley de Enjuiciamiento ciil de* 5 *de Octubre de* 1855 *dispone que en el caso de solicitar alguna de las partes que se reciba el incidente á prueba, deberá concederse como máximo para practicarla el término de* 20 *días*:

2° *Que según el art.* 195 *de dicha ley, la sustanciación de la pretensión de pobreza debe acomodarse á la tramitación marcada para los incidentes en los juicios ordinarios*;

Y 3° *Que transcurrido el máximo del plazo de* 20 *días, al denegarse en la sentencia de primera y segunda instancia el nuevo recibimiento á prueba para ejecutar la de tachas se han guardado en la misma las disposiciones vigentes para la sustanciación de los incidentes, y por lo tanto, no ha habido quebrantamiento de forma*:

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Abril de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma seguidos en el Juzgado de primera instancia del dis-

trito de la Catedral de Palma de Mallorca y en la Sala de justicia de la Audiencia del mismo territorio por Doña María Réus, como madre de la menor María Rosa con D. Gabriel Oliver sobre asignación de alimentos provisionales, en el día incidente sobre defensa por pobre del Oliver:

Resultando que promovidos autos por Doña María Réus, como madre de María Rosa, contra D. Gabriel Oliver sobre alimentos provisionales, éste pidió se le concediese el beneficio de litigar como pobre, ofreciendo practicar la oportuna información; que conferido traslado á Doña María Réus y al Ministerio fiscal, que se opusieron á la pretensión de Oliver, se recibió el incidente á prueba, practicándose dentro de su término las propuestas por las partes:

Resultando que concluso el término de prueba y unidas las practicadas, Doña María Réus presentó escrito exponiendo que los testigos presentados por el adverso adolecían de uno de los defectos señalados en el art. 320 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues los más eran amigos íntimos del mismo; por lo que los tachaba, y pidió que se recibiera el incidente á prueba para justificar la tacha presentada; que el Juez de primera instancia, por auto de 9 de Abril de 1881, declaró no haber lugar á lo solicitado por parte de Doña María Réus en su anterior escrito; y llamados los autos á la vista por sentencia de 4 de Noviembre de dicho año, declaró pobre en sentido legal á D. Gabriel Oliver:

Resultando que admitida la apelación que interpuso Doña María Réus se remitieron los autos á la Audiencia, y al evacuar aquella la instrucción que se le confirió por un otrosí, fundada en que la prueba de tachas que propuso en primera instancia no pudo hacerse por un motivo que no le era imputable, pidió que se recibiera este incidente á prueba con el objeto indicado; y la Sala de justicia de la Audiencia, por auto de 25 de Abril de 1882, declaró no haber lugar á lo solicitado por parte de Doña María Réus en el otrosí de su referido escrito:

Resultando que confirmada la sentencia del Juez de primera instancia por la que en 24 de Junio de 1882 dictó la referida Sala de la Audiencia, por parte de Doña María Reus se interpuso recurso de casación, fundado en que se había quebrantado una de las formas esenciales del juicio, negándose el recibimiento á prueba en segunda instancia como procedía según el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil y había solicitado, lo cual constituía el motivo de casación expresado en el caso 3.° del art. 1793 de dicha ley, y por un otrosí protestó interponer en su caso y lugar recurso de casación por infracción de ley:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que el art. 343 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855 dispone que en el caso de solicitar alguna de las partes que se reciba el incidente á prueba, deberá concederse como máximo para practicarla el término de 20 días:

Considerando que según el art. 195 de dicha ley, la sustanciación de la pretensión de pobreza debe acomodarse á la tramitación marcada para los incidentes en los juicios ordinarios:

Considerando que trascurrido el máximo del plazo de 20 días al denegarse en la sentencia de primera y segunda instancia el nuevo recibimiento á prueba, para ejecutar la de tachas se han guardado en la misma las disposiciones vigentes para la sustanciación de los incidentes, y por lo tanto, no ha habido quebrantamiento de forma:

Considerando que carece de fundamento legal el presente recurso

de casación, por cuanto no es de aplicación al mismo el art. 1793, caso 3°, de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, que se invoca en su apoyo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Doña María Réus, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Palma con devolución de los autos.—(Sentencia publicada el 3 de Abril, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Junio del mismo año.)

111

Recurso de casación (*4 de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—PROPIEDAD DE UNA FIANZA.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco de la Fuente y Ruiz con su hermano D. Antonio (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que la sentencia es congruente con la demanda si resuelve de una manera concreta y determinada lo que en ella se pidió por el demandante;*

Y 2° *Que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y á ella debe estarse mientras no se pruebe que con la misma se ha cometido error de derecho ó de hecho fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador.*

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este territorio por Don Antonio de la Fuente y Ruiz, vecino de Getafe, Registrador de la propiedad en dicho punto, con D. Francisco de la Fuente y Ruiz, cesante, vecino de esta corte, sobre propiedad de una fianza; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Andrés de Tavira y el Procurador D. Luis Ochoa, en defensa y representación del demandado, habiendo sido defendido y representado el demandante en este recurso por el Licenciado D. José Marín Ordoñez y el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que con fecha 26 de Marzo de 1881 expidió el Agente de cambio D. Jorge Urquiza póliza de venta de 40 bonos del Tesoro con cupón corriente, números 35625 á 35664, á favor de Raimundo Arechavala: que con igual fecha expidió el Agente D. Joaquín Romero otra póliza de venta á Arechavala de 11 bonos del Tesoro con cupón corriente, marcados con los numeros 9798 á 800 y 515034 á 41; y que con fecha 28 del mismo mes se expidió otra póliza de venta al mismo Arechavala por el Agente D. Julián Salazar de 49 bonos, números 171693 á 741:

Resultando que con esta última fecha 28 de Marzo de 1881 firmó una nota D. Raimundo Arechavala, expresiva de que los 100 bonos del Tesoro á que se refieren las tres anteriores pólizas las había comprado para D. Antonio de la Fuente, y que de los 202.266 rs. á que ascendía su importe le estaban abonados 154.000 rs. con un talón que D. Antonio le había dado contra su cuenta corriente en el Banco, y 3.000 importe de los cupones, por lo que le quedaba á deber 45.266:

Resultando que al siguiente día 29 se expidió por el Banco de España un resguardo de haber recibido en depósito los 100 bonos del Tesoro sin cupón corriente que al dorso se expresaban, que son los mismos de que se viene hablando, importaban 50.000 pesetas nominales, que había consignado D. Francisco de la Fuente y Ruiz como fianza para responder del cargo de Agente recaudador de contribuciones del partido de Getafe que le había sido conferido:

Resultando que en 18 de Abril del mismo año 1881 se otorgó una escritura pública en esta corte ante el Notario D. José Félix González Caballero, entre partes. de la una D. José María de la Llana, en concepto de Delegado del Banco de España para la recaudación de contribuciones de la provincia de Madrid, y de la otra D. Francisco de la Fuente y Ruiz, expresándose en ella que habiendo sido nombrado el D. Francisco en 15 de Enero, Agente del partido de Getafe con la obligacion de constituir fianza en valores públicos por la suma de 50.000 pesetas efectivas, había depositado el mismo en dicho Banco de España 100 bonos del Tesoro, números 9798 á 800, 35625 á 64, 171693 á á 741 y 515734 al 41, según el resguardo expedido por aquel establecimiento, cuyos valores dejaba por la presente escritura afectos á la responsabilidad del cargo que se le había conferido de Agente recaudador de contribuciones del partido de Getafe, el cual se obligaba á desempeñar con la mayor fidelidad y eficacia con sujeción á las condiciones que en la escritura se expresaban:

Resultando que con tales antecedentes dedujo D. Antonio de la Fuente y Ruiz en 23 de Junio de 1881 la demanda de este pleito, en la que haciendo constar que ejercitaba la acción personal correspondiente pidió se declarase en definitiva que los 100 bonos del Tesoro susodichos, depositados en el Banco para afianzar el cargo de Agente recaudador de contribuciones del partido de Getafe que había desempeñado su hermano D. Francisco le correspondían en propiedad, alegando en su apoyo que dicho cargo de Recaudador le fué conferido á su hermano D. Francisco por sus gestiones, y no teniendo éste medios propios para constituir la fianza necesaria, accedió también el demandante, llevado de su cariño fraternal, á proporcionársela: que al efecto dió encargo al corredor de número D. Raimundo Arechavala, para que comprase los 100 bonos del Tesoro, como lo verificó, dejándole á deber por tal operación 45.266 rs.: que por encargo del mismo demandante consignó Arechavala los 100 bonos en el Banco de España el día 29 de Marzo, y habló al Notario D. Félix González Carballeda para el otorgamiento de la escritura de fianza: que habiéndose hecho el depósito en el Banco á nombre del mismo fiador D. Francisco, ya por la premura del tiempo ó por una equivocación involuntaria instó Arechavala á D. Francisco para que reconociera en documento bastante que su hermano D. Antonio era el verdadero propietario de los bonos: que al principio estuvo conforme D. Francisco en hacer tal declaración; pero pasados ocho días se negó á ello, contestando que nada tenía que arreglar; y habiendo sido separado después del cargo que desempeñaba, había llegado á noticia del demandante que su citado hermano tenía solicitada la devolución del depósito: que siendo los bonos del Tesoro numerados en el resguardo del Banco de España los mismos á que se referían las tres pólizas susodichas compradas por Arechavala para el demandante, según la nota ó liquidación firmada por aquél en 28 de Marzo, aparecía á primera vista que eran de su propiedad los bonos

depositados en el Banco; y que el mismo demandado, que ni siquiera por un momento había sido tenedor material ni legal de dichos bonos, había reconocido y confesado en diversas ocasiones que pertenecían á su hermano el demandante:

Resultando que personado D. Francisco de la Fuente, después de haberle sido acusada la rebeldía y de haberse tenido por contestada la demanda, renunció el demandante al trámite de réplica y se recibió el pleito á prueba, con cuyo motivo promovió el demandante un incidente, que fué desestimado, y en uno de los escritos que con tal motivo presentó, dijo que los hechos de este pleito estaban reducidos á que su hermano el demandante tenía todos sus fondos, y con ellos compró los bonos para la fianza, y á que por esta razón hizo su citado hermano que se consignase así en la escritura:

Resultando que por parte del demandante D. Antonio de la Fuente se practicaron diferentes pruebas encaminadas á demostrar que los bonos dados en fianza eran de su pertenencia: que su hermano D. Francisco carecía de fortuna para constituir tal fianza: que por aquel favor y por otros se había mostrado antes muy agradecido al demandante; y que persuadido de la falta de derecho con que litigaba, había intentado transigir por una pequeña cantidad; y por parte del demandado se hizo uso también de diferentes pruebas con el de justificar que podía tener y tenía las 50.000 pesetas de la fianza, cantidad que había entregado á su hermano D. Antonio para que la manejase, haciéndole producir un 10 por 100, y que con ella había constituído la fianza:

Resultando que mandados entregar los autos á las partes para conclusión y hacer por escrito el resumen de las pruebas, evacuó el traslado el demandante, y al hacerlo el demandado alegó que en la demanda no se fijaba con claridad la clase de acción que se ejercitaba por razón de la imposibilidad de hacerlo, por oponerse los hechos á entablar la reivindicatoria que debió emplearse: que el resguardo de los bonos expedido por el Banco era un título de propiedad de los mismos á su favor, confirmando por la escritura de fianza, otorgada 20 días después por encargo del mismo demandante: que aun en el caso supuesto y no admitido de que no hubiera tenido el todo ó parte de la cantidad invertida en la adquisición de los bonos, no tendría el demandante expedita la acción real á que recurría, porque resultaría que había vendido al fiado, sin consignar en el contrato la condición resolutoria, y entonces la acción sería la personal para el pago de la cantidad que por el precio se adeudase: que los hechos sentados en la demanda eran por lo tanto falsos, con la sola excepción de que el demandante constituyó la fianza por su ausencia, quedando á su cargo la adquisición de los bonos; y que la obligación de probar incumbe al demandante que afirmaba, bastándole al demandado estar en posesión de la cosa litigiosa:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta Corte dictó sentencia confirmatoria en 3 de Noviembre próximo pasado declarando que los 100 bonos del Tesoro de á 2.000 rs. cada uno, números 9898 al 800, 35625 al 64, 171693 al 741 y 515034 al 41, depositados en el Banco de España para garantir el cargo de Agente cobrador de contribuciones que desempeñó D. Francisco de la Fuente y Ruiz, pertenecen en propiedad á su hermano D. Antonio, á quien se mandaban entregar luego que por quien correspondiera se declarasen libres de toda responsabilidad, á cuyo fin se pusiera esta sentencia en conoci-

miento del Banco de España por medio de la comunicación y testimonio conducente:

Resultando que D. Francisco de la Fuente Ruiz interpuso contra esta sentencia recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1° En la infracción del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil que previene que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas, en el concepto de que se hace en el fallo recurrido una declaración de propiedad á favor del demandante, que implica necesariamente el dominio, y como medio de reclamarlo la acción reivindicatoria, no obstante haberse ejercitado en la demanda la acción personal:

2° En el error de hecho en que se incurre al consignarse que los 100 bonos objeto del pleito fueron comprados en Bolsa por orden del corredor D. Raimundo Arechavala, encargado de D. Antonio de la Fuente, y para éste; pues las tres pólizas obrantes en autos prueban, no sólo que los bonos se compraron por orden de Arechavala, sino que él fue el verdadero y único comprador de ellos, sirviendo á él sólo dichas pólizas intrasmisibles de títulos de propiedad, sin que baste á demostrar lo contrario la nota firmada por Arechavala en papel simple con fecha 28 de Marzo de 1881, en que expresa que los 100 bonos á que se referían las pólizas los había comprado para D. Antonio de la Fuente, porque de haber sido así, no hubiera podido ni debido figurar como comprador, sino simplemente como encargado de D. Antonio; y en el error de derecho que nace al suponer comprador á quien no lo es ni lo ha sido de hecho ni de derecho, y considerar á Arechavala como mero comitente, siendo en realidad y ante la ley el único y verdadero comprador, con cuyo título depositó los 100 bonos en el Banco de España, consignando en el acto de una manera seria, voluntaria y solemne que pertenecían al recurrente, á cuyo nombre depositaba para responder de su cargo de Agente, de donde se deduce de una manera clara y evidente que los bonos no se compraron para D. Antonio de la Fuente, sino para su hermano el recurrente:

3° En el error de hecho en que se incurre al consignar en el tercer considerando de la sentencia recurrida, apreciando las pruebas, que Arechavala hizo el deposito á nombre del recurrente, bien porque éste era el funcionario cuya gestión había de garantizar, bien por equivocación, como también se ha sostenido, pero obrando siempre el documento en poder de D. Antonio de la Fuente; puesto que lo que por el contrario resulta del único dato auténtico sobre este particular, que es la declaración prestada por el comprador de los bonos Arechavala, es que este testigo es de todo punto inveraz por la notoria contradicción en que incurre, porque al ser repreguntado dijo que el depósito de los bonos lo hizo por encargo y á nombre de D. Antonio de la Fuente, añadiendo después que habiéndole dicho en el Banco que la fianza respondía siempre á las operaciones de D. Francisco de la Fuente, la puso en nombre de éste, con cuya notoria contradicción se evidencia el error de hecho denunciado y el no menos grave de derecho que resulta de considerar la Sala sentenciadora que la contestasión que dice Arechavala que le dieron en el Banco implicaba la necesidad de constituir el depósito á nombre del recurrente y no al de su hermano como fiador, si hubiera sido éste último dueño de los bonos; porque siendo doctrina inconcusa consignada en nuestras leyes que la fianza lo mismo puede constituirse por el fiador que por un tercero, es incuestionable que la

supuesta contestación no contradice esta doctrina legal, y es por lo mismo de todo punto imposible creer que Arechavala cediese y traspasase á favor del recurrente el dominio y posesión de los bonos, despojando de ellos al que suponía dueño, con la atendible circunstancia de ser éste el que le dió el encargo y la persona con quien le ligaban obligaciones de amistad y de gratitud, y como por otra parte no podía ignorar Arechavala al constituir el depósito de los bonos como de la propiedad del recurrente, se hacía éste dueño de ellos por tal acto válido y traslativo de dominio, y es un principio axiomático que la ignorancia del derecho á nadie excusa, resulta además demostrado que al incurrir la sentencia en el error de hecho de que se trata y en el consiguiente error de derecho, infringe las leyes 20 y 21, tít. 5º, Partida 5ª, y 10, tít. 11, Partida 4ª, en las que se previene que para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, lo cual no existe en el presente caso, así como las leyes 20, tít. 1º, Partida 1ª, y 31, tít. 14, Partida 5ª, aplicadas en las sentencias de este Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1861 y 9 de Mayo y 18 de Diciembre de 1867 al apreciar el fallo recurrido como ineficaz y nula la consignación del depósito de los bonos como de la propiedad del recurrente, por considerar suficiente causa para ello, y excusable el error de derecho que aparenta haber padecido Arechavala respecto á la eficacia y validez de la trasmisión del dominio á favor del recurrente que necesariamente había de producir y produjo el acto solemne que llevó á cabo al constituir el depósito, porque como de una manera terminante se establece en aquellas leyes y sentencias, el error de derecho no anula los actos ni contratos:

4º En el otro error de hecho en que se incurre al consignarse en el tercer considerando que el documento de depósito ha obrado siempre en poder del demandante D. Antonio de la Fuente para deducir de este hecho erróneo un elemento de prueba en favor de las pretensiones del D. Antonio; pues en la escritura de fianza otorgada por el recurrente á favor del Banco de España en 18 de Abril de 1881, después de copiar el contenido del resguardo del Banco de España por el depósito de los 100 bonos para fianza, se dice testualmente: «el resguardo inserto corresponde con su original, á que me remito, que exhibió y recoge rubricado por mí D. Francisco Fuente y Ruiz, el otorgante; de todo lo cual doy fe;» con lo que resulta demostrado que ha habido error notorio de hecho al afirmar que dicho resguardo estuvo siempre en poder del demandante, y error por consiguiente de derecho al apreciarle como circunstancia influyente en favor de los supuestos derechos que injustamente se atribuye la parte actora:

5º En haber sido infringida la ley 46, tít. 28, Partida 3ª, que declara el dominio á favor del comprador aunque no entregue el precio si hubiese tomado plazo para pagar ó dado fiador ó peños, ó si el vendedor se fiase en él; y la sentencia de casación de 1º de Abril de 1874, en que se consigna la misma doctrina, pues aunque sea exacto, como afirma la sentencia recurrida, que D. Antonio satisfizo el importe de los bonos, es lo cierto que está demostrado con el resguardo del depósito referido que se compraron para el recurrente, y que por lo mismo los adquirió y pasaron á ser de su propiedad desde el momento en que consignados y depositados en el Banco en tal concepto por Arechavala los aceptó, utilizándolos y disponiendo de ellos al otorgar la escritura de fianza:

5º Porque al decidirse en el núm. 4º del tercer considerando que la

escritura pública de fianza se otorgó por orden de D. Antonio, insertándose en ella el contexto del resguardo, pero sin que en ninguno de estos documentos se consigne especie alguna relativa á la propiedad de los bonos, se incurre en otro error de hecho que se demuestra con el mismo resguardo del Banco, en que se dice literalmente haberse recibido en depósito los bonos que había consignado D. Francisco de la Fuente y Ruiz, y con la misma escritura de fianza, en la que se consigna de una manera terminante que D. Francisco de la Fuente había depositado en el Banco los bonos para su fianza, y añade además en la tercera manifestación que dejando el D. Francisco de la Fuente y Ruiz como desde luego deja afectos los valores públicos depositados, según el resguardo copiado, á la responsalidad del cargo que se le ha conferido de Agente recaudador de contribuciones del partido de Getafe, otorga etcétera; de cuyo error de hecho se originó el error de derecho en que se basa la sentencia, puesto que por suponer que no existe en los documentos citados la justificación del dominio á favor del recurrente, se ha considerado como dueño de ellos á D. Antonio, dando de este modo valor y eficacia legal á la simple nota firmada por Arechavala con fecha 23 de Marzo de 1881, é incurriendo en error de derecho y sancionando un verdadero anacronismo en sentido jurídico al declarar la propiedad de los bonos á favor de D. Antonio de la Fuente, que aun en la hipótesis de que lo hubiera sido dejó de serlo forzosamente por consecuencia de un acto posterior, cual fué la trasmisión de los bonos á su hermano el recurrente por Arechavala, ratificado después por el mismo D. Antonio al entregar el resguardo del depósito al Notario autorizante de la escritura de fianza y darle las instrucciones para su otorgamiento con arreglo á las cuales le fué entregado al recurrente por el Notario dicho resguardo:

7° En haber sido infringida la ley 9ª, tit. 30, Partida 3ª al conceder al demandante el dominio y propiedad de los bonos á pesar de haber existido verdadera traslación de éstos al recurrente, al depositarlos Arechavala en el Banco con la expresa declaración de que pertenecían á ésta parte, y de haberle prestado el mismo recurrente su consentimiento y aceptación á tal acto traslativo de dominio por virtud del otorgamiento de la escritura de fianza, así como las leyes 6ª, 7ª, 8ª y 9ª del citado tit. 30 de la Partida 3ª, porque contra lo dispuesto en ellas se desconocen los derechos de dominio y posesión que con arreglo á las mismas sólo corresponden al recurrente:

8° En haber sido infringidas asimismo la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de Mayo de 1862, según la cual para poder ejercitar la acción reivindicatoria ha de pertenecer por un justo título al que la ejercita la cosa reclamada, por cuanto el demandante no ha acreditado tener el dominio de los bonos por consecuencia de actos y contratos posteriores á la fecha del resguardo del Banco y de la escritura de fianza justificativos del dominio y posesión del recurrente, la establecida en la sentencia de casación de 4 de Febrero de 1865, en que se declaró que para que pueda ejercitarse válidamente la acción reivindicatoria es menester presentar el título legítimo con que se acredite el dominio, puesto que D. Antonio de la Fuente no ha presentado justo título alguno en que apoyar sus pretendidos derechos de dominio posterior á la fecha de los indicados documentos, y la ley 28, tít. 2°, Partida 3ª, aplicada por este Tribunal en su sentencia de 14 de Mayo de 1867, declarando que al que ejercita la

acción reivindicatoria incumbe la prueba del dominio, y no verificándolo debe ser absuelto el tenedor de ella aunque la tenga sin deber:

9° Porque siendo incontrovertible y evidente que al verificar Arechavala la compra de los bonos como comitente de D. Antonio de la Fuente y al trasmitirlos después á su hermano D. Francisco, entregándolos á su nombre y como de su propiedad en el Banco de España, y al ratificar después D. Antonio este acto solemne y eficaz, al dar las instrucciones al Notario autorizante de la escritura en el mismo sentido y al entregarle el resguardo del Banco para que lo hiciese á su vez al recurrente, como lo ejecutó, la trasmisión de los bonos hecha por Arechavala al recurrente tiene la misma validez y eficacia legal que si hubiesen concurrido al acto los mismos interesados, ó sea D. Antonio que trasmitía ó mandaba trasmitir y el recurrente que adquirió, quedando ambos respectivamente obligados á su fiel observancia y cumplimiento, se infringe por el fallo recurrido esta doctrina legal, confirmada por la sentencia de casación de 11 de Febrero de 1874, puesto que se halla dictado en abierta oposición con ella;

Y 10. En que al consignar la Sala sentenciadora en el cuarto considerando que al impugnar el recurrente la demanda y utilizar los medios que ha creído convenientes para su defensa se ha colocado en abierta divergencia con el procedimiento adoptado, y que después ha cambiado de medio, deduciendo de aquí la consecuencia de que ha obrado de mala fe, se incurre en error de hecho y en el consiguiente error de derecho que de aquél se deriva lo cual se demuestra con el escrito de conclusión y con los demás escritos para la prueba é incidencia presentados en el pleito por esta parte:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la sentencia recurrida es congruente con la demanda porque resuelve de una manera concreta y determinada lo que en ella se pidió por el demandacte, sin que obste al caso la calificación de personal que se dió á la acción entablada, porque esto, sobre no desvirtuar su naturaleza, era innecesario hacerlo en el caso actual, con arreglo al art. 524 de la ley de Enjuiciamiento civil y por todo ello no se ha infringido el art. 359 de esta ley, que se cita en el primer motivo del recurso:

Considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y que á ella debe estarse mientras no se pruebe que con la misma se ha cometido error de derecho ó de hecho fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que los errores de hecho y de derecho y las infracciones de ley y de doctrina legal de que se ocupan los motivos 2° al 10 del recurso no se fundan en la apreciación que en conjunto ha hecho la Sala sentenciadora en uso de sus facultades de la prueba documental testifical para declarar á favor del demandante el dominio de los bonos de que se trata, razón por lo que son improcedentes dichos motivos alegados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Francisco de la Fuente Ruiz, á quien condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna al pago de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución

del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 4 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Agosto del mismo año.)

112

Recurso de casación (5 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD DE LA RESTITUCIÓN ACORDADA EN UN INTERDICTO DE RECOBRAR.—Ha lugar al interpuesto por D. Mateo Salcedo con Doña Benigna Llantada (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que con arreglo á la ley 13, tít. 31 de la Partida 3ª, *«en las cosas que son suyas ó como suyas, pueden los omes poner servidumbres que sean provechosas al heredamiento ó cosa de otra* é non á la suya.»

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Abril de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Valmaseda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos ha seguido pleito Doña Benigna Llantada, propietaria, vecina de Santurce, con D. Mateo Salcedo, de la misma vecindad y propietario, sobre que se deje sin efecto la restitución que éste obtuvo por interdicto de recobrar; autos que penden ante Nós en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de D. Mateo Salcedo por el Procurador D. José María Aguirre, bajo la Dirección del Licenciado D. José María Martínez Arauna, habiendo representado y defendido á la Llantada el Procurador Don Daniel Doce y el Doctor D. Eugenio Montero Ríos:

Resultando que D. Mateo Salcedo promovió información posesoria, en la que presentó certificación de un maestro de obras y agrimensor, que expresa que nombrado por Salcedo para medir los bienes que poseía, lo había hecho de los que deslinda entre ellos una casa en la plaza de Santurce; números 20 y 21 modernos, que confina por el Norte con terreno público; Sur casa de D. Manuel Llantada, de la que la separa un pequeño espacio medianero; por el Este con la plaza pública, y Oeste con huerta de D. Manuel Llantada, de la que separa el terreno que coge las goteras, que era propio de Salcedo: que D. Mateo Salcedo ofreció información acerca de que las referidas fincas las adquirió por herencia de sus padres D. José Salcedo y su hermano D. Juan José Salcedo, habiéndolas poseído en unión de éste desde la muerte de aquél, ocurrida en 1862, y con posterioridad á la muerte de dicho su hermano como su único heredero; y dada la información fué aprobada por auto de 27 de Diciembre de 1878, inscribiéndose en el Registro de la propiedad de Valmaseda en 24 de Febrero de 1879:

Resultando que promovida por Doña Benigna Llantada información posesoria respecto de una casa y huerta, radicante en el Concejo de Santurce, un perito agrimensor declaró que la huerta confinaba por el Norte á casa y huerta de herederos de D. Eustaquio Diez y que perteneció á Doña Cecilia Eresti; por el Este casa anteriormente citada y la de los herederos de D. José Salcedo por medio de una pared de esta propiedad, más una faja de terreno de cuatro pulgadas á la parte de dicho Salcedo; por el Sur á camino que de la Iglesia se dirige á Madariaga; y por Oeste á huerta de los herederos de D. Ramón Lazcano, comprendiendo una área superficial con inclusión de sus paredes, pie y medio de piedra fuera de las mismas, que se halla á la parte Oeste y parte de la del Norte y goteras, 875 metros cuadrados: que practicada la información que la Doña Benigna ofreció acerca de que dichas fincas las adquirió por herencia de sus padres D. Manuel Llantada y

Doña Teresa Allende hacía próximamente cuatro años y las venia poseyendo quieta y pacificamente, se aprobó por el Juez municipal por auto de 22 de Octubre de 1879, y en 27 del mismo mes fué inscrita la información en el Registro de la propiedad, expresándose no constar que dicha finca estuviera sujeta á gravamen:

Resultando que en 7 de Noviembre de 1879 D. Mateo Salcedo promovió en el Juzgado de Valmaseda interdicto de recobrar, exponiendo que por herencia de su padre y hermano era dueño de la casa sita en la plaza de Santurce, números 20 y 21, la que tenía un alero de unos dos pies y medio por el que sus aguas se separaban á esta distancia de las paredes y en su caída no mojaban ni causaban perjuicio al edificio, sino que corriendo sobre el tereno de la huerta que existía tras de ella, tenía su curso natural: que un cantero, por orden de Doña Benigna Llantada y D. Juan Rotaeche levantó en Agosto anterior una pared en dicho terreno á una distancia de pie y medio próximamente de la casa, en la que además se apoyaban los machones que al mismo tiempo construyó: de suerte que la casa que antes tenía á su favor la servidumbre de que sus aguas cayeran á la huerta en la forma en que se hacía, había sido privada de la misma servidumbre, porque las goteras que caían ahora sobre la pared construída, salpicadas, y de rebote, pasaban á la pared de la misma casa, que en tiempo de lluvia quedaba completamente mojada, así como en la construcción de los machones se había creado otra servidumbre contra la misma casa, y ofreció información de testigos acerca de los referidos hechos:

Resultando que prestada la información por medio de tres testigos, el Juez de primera instancia, por sentencia de 26 de dicho mes de Noviembre de 1879 mandó se restituyera á D. Mateo Salcedo en la posesión en que se hallaba de que las aguas del tejado de la casa indicada vertiesen perpendicularmente sobre el terreno sin tocar en la pared construída y de que no se apoya en la pared de la casa ningún machón, ni otro cuerpo extraño, destruyéndose de las obras construídas tan sólo lo necesario á fin de reponer á Salcedo en la mencionada posesión, condenando en las costas á la Llantada y al Rotaeche y en los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado: que en 27 del repetido mes de Noviembre se llevó á efecto la posesión á Salcedo, y expresándose en la diligencia el estado en que se hallaba la pared construída se consignó que ambos lados menores estaban unidos á la pared de la casa de Salcedo:

Resultando que en 26 de Enero de 1880, Doña Benigna Llantada dedujo demanda ordinaria, en la que expuso que era dueña de una huerta, sita en el barrio de la parroquia de Santurce, limitando por el Este con casa de D. Mateo Salcedo: que la huerta tenía como única servidumbre por la parte del Este la de dejar pie y medio de piedra en favor de la casa colindante de Salcedo: que Doña Benigna respetando y aun extediendo este derecho de servidumbre había levantado á distancia de 22 pulgadas de la casa dicha una pared: que Salcedo, fundado en la mal entendida opinión de poder sacar el alero de su tejado 2 pies y medio sobre la huerta de la demandante y arrojar en ella verticalmente las aguas llovedizas, y en el hecho falso de que había construído dos machones apoyados en la casa de Salcedo, había promovido interdicto de recobrar, habían otenido sentencia favorable y que se destruyese la pared levantada por Doña Benigna: que en tereno propio puede uno edificar siempre que no haya una servidumbre que lo limite: que las

fincas se consideran libres no pudiendo ejercer gravamen alguno sobre ellas sino el que previamente se han constituido; y concluyó solicitando:

1º Que se declarase que la huerta de Doña Benigna únicamente tenía á favor de la casa de Salcedo una servidumbre de pie y medio de riedra, pudiendo á esta distancia levantar paredes.

2º Que Salcedo no tenía más derecho que arrojar sobre la huerta de Doña Benigna cosas que ocupen pie y medio;

Y 3º Que se condenase en su consecuencia á Salcedo á que retirase el tejado de su casa hasta que sólo salga uno y medio pie de la pared levantada en sentido vertical para que las aguas caigan en el espacio de la huerta señalado como de riedra, á que levante la pared destruída como antes estaba y que satisfaga á Doña Benigna los gastos, daños y perjuicios ocasionados con motivo del interdicto, imponiéndole las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Mateo Salcedo, le evacuó pretendiendo se le absolviera de ella, con imposición de perpetuo silencio y costas á la actora, al efecto expuso: que era dueño por herencia de su finado padre D. José y hermano D. Juan, entre otros bienes, de una casa sita en la plaza de Santurce, señalada con los números 20 y 21, que confina por la parte de Oeste con la huerta de Don Manuel Llantada, de la que lo separa un terreno que coje las goteras, propio de Salcedo: que dicha casa tiene por este lado una riedra de pie y medio de sus goteras que le ha servido para la defensa y seguridad: que el tejado de la casa ha tenido siempre la misma extensión que ahora, de suerte que el alero que hoy existe es el mismo que existía hace 45 años: que con la demanda se trata de introducir una alarma en propiedad ajena, que tiende á no respectar lo que por espacio de tantos años se ha respetado: que Doña Benigna construyó una tapia delante de la casa de Salcedo, debajo precisamente del alero del tejado con lo cual hizo que las aguas que caían salpicando en la misma tapia ó pared mojasen la de la casa; y que igualmente construyó dos machones apoyados en la misma casa de Salcedo, como aparece de la información que se practicó en el interdicto, así como de la sentencia que se extendió á dar cumplimiento á la sentencia restitutoria: que según la ley 1ª, título 12 del Fuero de Vizcaya, toda acción real ó personal prescribe á los 15 años, por lo que hallándose la casa de Salcedo y alero de la misma en la actualidad del mismo modo que se encontraba hace 45 ó 50 años, la acción que pudiera haber asistido á la demandante para pedir que se retire hace mucho tiempo que proscribió: que reconociendo la demandante que existe una riedra de pie y medio de pared de la casa de Salcedo, reconoce implícitamente el derecho que éste ha tenido de dirigir el interdicto por los dos machos que fueron construídos en los dos lados de la pared:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones: que recibido el pleito á prueba se practicaron las propuestas por aquellas, y absolviendo posiciones, la demandante manifestó que la casa de Salcedo tiene hacia la huerta de la declarante una riedra de pie y medio, y que hará unos 38 años que las aguas del tejado de la casa vienen cayendo como hoy caen sobre la huerta:

Resultando que unidas las pruebas, y después de alegar las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 16 de Enero de 1882, de-

clarando que la huerta sita en el barrio de la parroquia del Concejo de Santurce corresponde á Doña Benigna Llantada, sin otra servidumbre que la de dejar de pie y medio de riedra entre ella y la casa de D. Mateo Salcedo, sin más facultad en éste que la de poder arrojar sobre la citada huerta cosas que ocupen este pie y medio, condenando á Don Mateo Salcedo á que entre el ala del tejado de la casa números 20 y 21 de la plaza de Santurce hasta que sólo salga pie y medio de la pared sobre la que se asiente, levantada en sentido vertical, de modo que las aguas que por el tejado corran caigan en el espacio de la huerta señalado como riedra; á que levante la pared destruída en virtud de la sentencia que recayó en el interdicto, en la forma en que estaba antes del interdicto, y á la reposición de las costas, daños y perjuicios ocasionados con el interdicto, sin especial condenación de costas causadas en el presente juicio, reservando á Doña Benigna Llantada el derecho de precisar la cuantía de los daños y perjuicios en la forma legal más procedente:

Resultando que confirmada dicha sentencia, con las costas, por la que en 24 de Junio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, D. Mateo Salcedo interpuerpûso recurso de casación por infracción de ley, alegando como motivos:

1º Que la Sala sentenciadora incurre en error de hecho demostrando con los documentos presentados por ambas partes en apoyo de sus respectivas alegaciones, consistente en suponer que el pie y medio de riedra que pertenece por derecho absoluto de dominio al recurrente, formó parte de la huerta de la propiedad de Doña Benigna Llantada; y este error sirve de fundamento á la primera parte del fallo, en la que se declara que la huerta sita en el barrio de la parroquia de Santurce corresopode á Doña Benigna Llantada, sin otra servidumbre que la de dejar pie y medi de riedra entre ésta y la casa de D. Mateo Salcedo, sin más facultad en éste que la de poder arrojar sobre la citada huerta cosa que ocupe este pie y medio: que la palabra servidumbre sólo se encuentra en la demanda y en la primera parte del fallo; pero de los documentos acompañados con la demanda y de las respectivas informaciones posesorias, en cuya virtud Doña Benigna Llantada inscribió á su nombre su huerta y D. Mateo Salcedo su casa, no resulta que la riedra tenga carácter de servidumbre, sino todo lo contrario, que pertence al recurrente; y resulta que se le priva de esta propiedad sin previo juicio acerca de este punto: que se le confiere á título de servidumbre lo que siempre tuvo y poseyó por derecho de dominio contra lo prevenido en la ley 13, título 31, Partida 3ª, y que se reconoce en Doña Benigna Llantada la facultad de otorgar aquella servidumbre contra lo establecido en las leyes 10, 13 y 14 del mismo título y Partida, según las cuales sólo los señores de los edificios ó de las heredades, sólo en las cosas que son suyas y como suyas y sólo aquello cuyas son las cosas pueden poner ú otrorgar en ellas servidumbres:

2º Que la sentencia infringe la doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Marzo de 1867, que establece que a información posesoria que sirvió para la inscripción de unos bienes en el Registro de la propiedad, es suficiente prueba de dominio mientras no se presente otra más robusta en contrario, y la sentencia que así no lo estima infringe los artículos 279, 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, y por tanto los 578, 596 y 597 de la ley vigente en cuyo caso se encuentra el fallo recurrido, porque al declarar que

sobre la huerta de Doña Benigna Llantada no existe otra servidumbre que la de dejar pie y medio de riedra á la casa de Salcedo; no estima como suficiente prueba de dominio la información posesoria, de la que aparece que el terreno que constituye la riedra pertenece á Salcedo:

3º Que en el mismo concepto expresado en el número anterior, se infringe el párrafo tercero del art. 403 de la ley Hipotecaria, que previene que las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha, y el párrafo cuarto del mismo artículo, que declara que no perjudicarán en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble aunque su título no haya sido inscrito; porque la sentencia recurrida declara en la primera parte del fallo que la huerta corresponde á Doña Benigna Llantada sin otra servidumbre que la de dejar pie y medio de riedra entre ella y la casa de D. Mateo Salcedo, siendo así que éste inscribió su derecho sobre la casa que posee en la plaza de Santurce y sobre el terreno que coge las goteras de la misma en 24 de Febrero de 1679, y Doña Benigna Llantada inscribió el suyo sobre la huerta, sin que en su información posesoria se hiciera mérito de ninguna servidumbre en 27 de Octubre del mismo año.

4º El art. 580 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual las declaraciones prestadas bajo juramento indecisorio sólo perjudicarán al confesante, y la jurisprudencia consignada en sentencias de 21 de Setiembre de 1859, 20 de Abril y 8 de Julio de 1871, que establece que la sentencia que no acepta la confesión de la parte como prueba bastante, infringe las leyes que la reconocen como tal, y por lo tanto la 2ª y 4ª, tít. 13, Partida 3ª, porque en el caso de autos no ha producido ningún efecto la confesión jurada de la demandante declarando hacer 38 años que la casa de Salcedo está en la misma disposición que en la actualidad en cuanto al alero y á la caída de las aguas, habiendo alegado por su parte el recurrente al contestar á la demanda la prescripción de la acción por el trascurso de 15 años, según la ley 1ª, título 12 del Fuero de Vizcaya y la adquisición de la servidumbre de extender el alero y verter las aguas á la huerta de la demandante, por el trascurso del tiempo que para las continuas establece la ley 15, tít. 31 de la Partida 3ª, que también resulta infringida:

5º El art. 632 y el párrafo primero del 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haberse ajustado en la apreciación de las pruebas pericial y testifical á la regla de sana crítica, según la que cuando todas las pruebas practicadas por el demandante y demandado son conformes acerca de un hecho y de sus circunstancias esenciales, este hecho se debe considerar probado:

6º La regla de sana crítica citada anteriormente también, porque al declarar probado por inspección ocular en el quinto considerando que la parte levantada por la demandante en su huerta no traspasa la línea de riedra ni los lados que cierran el cuadrilátero se apoyan en la casa de Salcedo, prescinde del resultado de todas las pruebas practicadas por ambas partes, en cuanto al hecho de que los lados que cierran el cuadrilátero traspasaban la línea de riedra y se apoyaban en la casa de Salcedo antes del interdicto, por lo que al condenar al recurrente á que levante la pared destruída en virtud de la sentencia que recayó en el interdicto en la misma forma en que estaba antes de él, le somete por no estimar este hecho, á servidumbres que no se han constituído, ni alegado, ni probado por ninguno de los medios que establece la ley:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que con arreglo á la ley 13, tít. 31 de la Partida 3ª, «en las cosas que son suyas ó como suyas, pueden los omes poner servidumbres» que sean provechosas al heredamiento ó cosa de otro *é non á la suya*:

Considerando que Doña Benigna Llantada no es dueña de la riedra de pie y medio que tiene la casa de D. Mateo Salcedo, según resulta de su propia confesión y documentos auténticos traídos por las partes á los autos, y por ello al declarar la sentencia recurrida que la huerta de Doña Benigna Llantada tiene á favor de la casa de Salcedo una servidumbre de pie y medio de riedra, suponiendo que ésta forma parte de la propiedad de la huerta incurre en el error de hecho que se invoca en el primer motivo del recurso:

Considerando en cuanto al extremo que se refiere á la longitud del alero del tejado de la casa de D. Mateo Salcedo, que al contestar éste la demanda excepcionó la prescripción de la acción deducida por la Doña Benigna, fundada en el trascurso del tiempo que para el caso determina la ley 1ª, tít. 12 del Fuero de Vizcaya; y habiendo reconocido en declaración jurada la demandante que hará unos 38 años que las aguas del tejado de la casa del demandado Salcedo vienen cayendo, como hoy caen, sobre su huerta, la sentencia, que no estima esta excepción que está probada por la confesión de la demandante, infringe las leyes que se alegan en el cuarto motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Mateo Salcedo contra la sentencia que en 24 de Junio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos: en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia; devuélvase al recurrente el depósito que constituyó.—(Sentencia publicada en 5 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Agosto del mismo año.)

113

Recurso de casación (5 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.* —PETICIÓN DE HERENCIA.—No ha lugar al interpuesto por D. José Enrique Coll con Doña Teresa Saurí (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1º *Que es inaplicable y no ha podido ser infringida la ley* 12, *tít.* 17, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, que prohibe fundar mayorazgos y perpetuar la enajenación de bienes raíces sin Real licencia, si lejos de aceptar la sentencia recurrida el hecho de una vinculación perpetua, parte del supuesto de constituir la sustitución hecha por el testador un fideicomiso tal como es frecuente en Cataluña establecerlos, dando este sentido á la cláusula en conformidad con los actos de las personas de quienes deriva el derecho del recurrente*;

Y 2º *Que no es aplicable el Usatge* Omnes causæ *si no ha trascurrido el término para la prescripción en el mismo señalado.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de la ciudad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de su territorio por Doña Teresa Saurí y Masadas, asistida de su marido D. Carlos de Moy y Janer, Conde de Moy, propietarios, vecinos de di-

cha ciudad, con Doña Eulalia Masadas y Teixidó, y D. Enrique Coll y Masadas, abogado y propietario, de la misma vecindad, sobre petición de herencia; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Cándido Nocedal y el Procurador D. Manuel Martín Veña, en defensa y representación de D. José Enrique Coll y Mesadas; habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. José García Noblejas:

Resultando que D. José Francisco Masadas falleció en 21 de Setiembre de 1815, bajo testamento otorgado en 20 de Junio de 1804, en el que después de ordenar un legado de usufructo de todos sus bienes en favor de su mujer Doña Teresa Teixidó durante su vida, y siempre que se mantuviese viuda, con otras condiciones que no son del caso, dispuso que de todos sus demás bienes presentes y futuros hacía é instituía heredero suyo universal á los hijos varones nacidos ó póstumos que dejare del presente ó de otro matrimonio, prefiriendo los mayores á los menores, guardando siempre entre ellos grado y orden de primogenitura, sustituyéndolos por grados y con dicha preferencia, y su respectiva descendencia perpetuamente. Y si hijo ó hijos varones, nacidos ó póstumos, no dejare, ó bien morirán, y su respectiva descendencia morirá en cualquier tiempo sin hijos legítimos y naturales y procreados de legítimo y carnal matrimonio, dejo y otorgo y herederas de mí universales hago é instituyo á las nacidas ó póstumas que en el día de mi muerte dejare, no á todas juntas, sino la una después de la otra, según el orden, preferencia, vínculos, gravámenes y condiciones que dispondrá la referida mi carísima mujer, á quien libremente dejo la elección de heredera entre las dichas mis hijas y su descendencia, con tal que en el día de hacer dicha elección se mantenga viuda de mí y guarde mi apellido, y no esté próxima á contraer otro matrimonio; en cuyo caso quiero que entre mis hijas y su descendencia se observe el mismo orden de sucesión que tengo explicado de mis hijos y sus descendientes, y si después ó pasado algún tiempo de que dicha mi mujer hubiese hecho elección en virtud de la facultad que arriba la he dado, contrajere con padre, hermano, sobrino ó próximo pariente del marido de la hija por ella heredada, quiero que tal heredamiento sea nulo y que suceda la hija mayor y su descendencia en el modo y con los mismos términos que tengo ordenado entre mis hijos y sus descendientes, á no ser que la tal elección hecha por mi mujer recayera en la hija mayor, la que entonces quiero sea válida, privando como privo en cualquiera de dichos casos la extracción de cuarta trebeliánica y de poder vender ni empeñar cosa alguna de mis bienes, ni el poder prestar fianza, aunque sea para persona la más próxima, pues en tal caso la privo en el mismo instante de la sucesión de mis bienes, y quiero que pase al que corresponda, según ésta mi disposición; y si el inmediato sucesor consintiera ó se conviniera con mi heredero para prestar dicha fianza, le privo igualmente de suceder y quiero que pase al inmediato llamado, excluyendo como excluyo de la sucesión de dichos mis bienes á los incapaces de poder gobernar y administrar mi dicha universal herencia y bienes durante su incapacidad, y á los constituidos en órdenes sagradas y á los profesos y profesas en alguna religión, aunque por algún motivo volvieran al siglo, pero sí que quiero que si alguno de mis hijos ó hijas fuere incapaz, como queda dicho, deba ser mantenido en todo lo necesario, así en salud como en enfermedad, y tanto en comer y beber como

en calzar y vestir durante la referida incapacidad; y á los de dichos mis hijos estén en órdenes sagradas, constituídos ó profesos y profesas en alguna religión, se les deba dar anualmente á cada uno durante sus respectivas vidas naturales la cantidad de 50 libras barcelonesas; y si yo no dejare hijo ó hija, ó bien lo dejare, y heredero mío no será porque no querrá ó no podrá, o heredero mío será, pero morirá sin hijos legítimos y naturales y procreados de legítimo y carnal matrimonio, manera que sea acabada la línea de mis hijos, á saber, de aquellos que, según la sobredicha mi disposición, pueden entrar en la sucesión de mis bienes; en tal caso al último de ellos sustituyo y heredera mía universal hago é instituyo á la referida Teresa Masadas y Teixidó, mi carísima mujer, así manteniéndose viuda como pasando á otro matrimonio, la cual quiero disponga de mis bienes en la conformidad que verbalmente le tengo comunicado, privando absolutamente el que por ningún término se la pueda obligar á explicar la dicha mi confianza, pues quiero que sus operaciones y no otras deban subsistir, por cuanto confío plenamente en ella:

Resultando que dicho testador dejó á su fallecimiento de su indicado matrimonio, con Doña Teresa Masadas dos hijos varones, D. Jaime y D. Paciano, que fallecieron sin sucesión, el primero en 1828 y el segundo en 23 de Junio de 1873, y dos hijas, Doña María de los Dolores, que falleció en 8 de Junio de 1858, dejando de su matrimonio con Don Ramón Sauri una hija llamada Doña Teresa Sauri y Masadas, demandante en este pleito, y Doña Eulalia, parte demandada en unión de su hijo legítimo D. José Enrique Coll.

Resultando que el primer hijo D. Jaime, en el testamento bajo que falleció instituyó heredera universal á su madre Doña Teresa, la que en su última voluntad, otorgada en 20 de Abril de 1839, nombró su único heredero á su hijo D. Paciano, y para el caso de que éste muriese sin hijos, ó con tales que ninguno de ellos llegase á la edad de poder testar, le sustituyó á su hija Doña Eulalia, facultándola para disponer de la herencia sin gravamen alguno:

Resultando que D. Paciano otorgó á su vez testamento en 15 de Agosto de 1871, y consignando en él que todos los bienes de la herencia de su padre D. José Francisco Masadas habían venido á ser de su propiedad y libre disposición por contener la institución hereditaria hecha por aquél en su testamento de 1804 un vínculo real y perpetuo prohibido por la Real cédula de 1789 y demás disposiciones posteriores que la anulaba, y haber venido en la quieta y pacífica posesión de dicha herencia durante 30 años sin reclamación alguna de sus hermanas Doña María de los Dolores y Doña Eulalia, legó á su mujer Doña Amalia Baradat durante su vida el usufructo de todos sus bienes, así de los que le pertenecían por adquisición propia, como de los provenientes de la herencia paterna, é instituyó heredero á su libre voluntad á su sobrino D. José Enrique Coll y Masadas:

Resultando que en 21 de Junio de 1879, Doña Teresa Sauri y Masadas, hija, como se deja dicho, de Doña María de los Dolores Masadas y Teixidó, asistida de su marido D. Carlos de Moy, Conde de Moy, dedujo la demanda origen de este pleito, con la solicitud de que en uso de las actuaciones reales de petición de herencia, reivindicación y demás procedentes, se condenase en definitiva á Doña Eulalia Masadas y Teixidó y al hijo de ésta D. José Enrique Coll y Masadas á dimitir á su favor los bienes integrantes del fideicomiso condicional establecido por

D. José Francisco Masadas en el testamento de 1804, bajo el que falleció, por ser actualmente la persona llamada á suceder en dicho fideicomiso, condenándoles además á la indemnización de los bienes que de dicha procedencia hubiesen enajenado y al pago de las costas, á cuyo efecto, después de hacer relación minuciosa de los antecedentes referidos, alegó que incautada Doña Amalia Baradat á título de usufructuaria de la universalidad de los bienes de su difunto marido D. Paciano, le promovió pleito Doña Eulalia Masadas con objeto de que dimitiese á su favor los bienes procedentes de las herencias paterna y materna de su difunto marido D. Paciano por haber carecido éste de derecho para disponer de ellos, y terminado este pleito por transacción, en la que Doña Eulalia renunció el usufructo de dichos bienes, se icautó de ellos el heredero de D. Paciano, su sobrino D. José Enrique Coll y Masadas, mediante acuerdo con su madre Doña Eulalia, de lo cual resultaba en resumen que la herencia de D. José Francisco Masadas que la demandante trataba de reivindicar, se hallaba en manos de D. Enrique Coll y de su madre Doña Eulalia: que la herencia en cuestión fué poseída por Doña Teresa Teixidó, viuda del testador, á título de usufructuaria desde 1815, hasta 1844, en que falleció: que habiendo fallecido en 1828 el hijo primogénito D. Jaime sin sucesión, el derecho hereditario hizo entonces tránsito á D. Paciano; primer sustituto y segundo hijo de dicho testador: que D. Paciano falleció sin sucesión también en 1873, y por lo tanto sin haber adquirido el derecho de disponer libremente de los bienes paternos, atendido el fideicomiso condicional establecido por su padre; que no habiendo hecho uso Doña Teresa Teixidó viuda del testador, de la facultad que éste le concedió de elegir entre las hijas y la descendencia de las mismas, vino á producirse un caso legal y materialmente análogo al de haber tenido lugar la elección, pero no haber surtido efecto ó haber debido anularse por alguno de los motivos previstos en el testamento; y que como para tales casos, y en general como regla de sucesión, estableció D. José Francisco Masadas el principio de primogenitura entre sus hijos y la respectiva descendencia, era evidente que si á D. Paciano le hubiese sobrevivido su hermana Doña María de los Dolores, sería ésta la heredera llamada en fuerza del fideicomiso; pero como Doña Dolores falleció en 1858 dejando una hija, la actual demandante, era igualmente indiscutible que á esta correspondían los bienes del fideicomiso fundado por su abuelo materno:

Resultando que la demandada Doña Eulalia Masadas opuso á la demanda las excepciones de nulilad y falta de acción y derecho, y en su caso la de *plus petitio*, y alegó en su apoyo que en la demanda se partía de los tres fundamentos siguientes; de que el testamento de Masadas contenía sólo un fideicomiso condicional; de que este fideicomiso era electivo entre las hijas á discreción de la viuda del testador, y de que á consecuencia de esta falta de elección vino á producirse un caso legal y materialmente analogo al de haber tenido lugar la elección y haberse anulado, para el cual estableció el testador el principio de primogenitura entre sus hijos y su respectiva descendencia: que en la dicha institución hereditaria existe respecto de los varones un llamamiento de todas las líneas gradual por orden de sexo y primogenitura con el carácter expreso de perpetuidad; y como el testador prohibió por otra parte á sus sucesores la detracción de cuarta trebeliánica y la facultad de vender, empeñar, y dar en fianza cosa alguna de su patrimonio, era

indudable que dicha institución tenía todos los caracteres de una vinculación perpetua; que con el llamamiento lineal y gradual de los descendientes del testador y la prohibición de enajenar: que admitiendo que el fideicomiso instituído no fuese perpetuo, sino temporal, se ocurría preguntar hasta qué grado debía alcanzar: que, por otra parte, habiendo dispuesto Doña Teresa Teixidó, viuda del testador, en su testamento, no sólo de sus bienes sino de todos sus derechos á favor de su hijo D. Panciano, y falleciendo éste sin sucesión á favor de su hija la actual demandada, y hallándose comprendido en aquellos derechos el que le concedió su marido el testador para elegir entre sus hijas y descendientes, debía inferirse lógicamente que esta elección recayó en la demandada Doña Eulalia, y que estaba conforme con la doctrina expuesta por la demandante de que la falta de elección por la viuda del testador respecto de la sucesión de las hijas es equivalente á la nulidad de la misma, bajo el concepto de tratarse de una vinculación perpetua; pero que no siendo así, la doctrina resultaba inexacta, porque es principio sabido que cuando el testador ha conferido á determinada persona la facultad de nombrar heredero entre sus hijos y aquélla no usa semejante facultad, los bienes se dividen por partes iguales entre todos los elegibles:

Resultando que por un otrosí y para el caso de estimarse que la institución hereditaria en cuestión es un mero fideicomiso condicional no prohibido por la ley, dedujo reconvención, en la que utilizando la acción real de petición de herencia, solicitó se declarase en definitiva que la sucesión á dicho fideicomiso se había diferido á su favor en virtud de la institución hereditaria hecha por su madre Doña Teresa y se le adjudicase todos los bienes que formaban parte integrante del fideicomiso:

Resultando que el otro demandado D. José Enrique Coll opuso también á la demanda las excepciones de nulidad, de falta de acción y de prescripción, fundadas en las mismas consideraciones expuestas por su madre Doña Eulalia, y por un otrosí manifestó que como en su concepto la exitencia del vínculo y la consiguiente nulidad de la institución hereditaria eran incontestables, y en su consecuencia tenía por indiferente la discusión de si el nombramiento de heredera de todos sus bienes y derechos de Doña Teresa Teixidó á favvor de su hija Doña Eulalia Masadas comprendía ó no el derecho de la acción sobre la herencia paterna, no estimaba necesario ocuparse de la reconvención propuesta por su madre Doña Eulalia, y pedía se resolviese acerca de ella lo que se estimase procedente en derecho:

Resultando que la parte actora opuso en la réplica á la reconvención de Doña Eulalia Masadas los mismos hechos y fundamentos legales en que había apoyado su demanda, y los demandados reprodujeron asimismo lo dicho y alegado en los escritos de contestación y reconvención, y recibido el pleito á prueba se practicaron por ambas partes diferentes justificaciones:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito del Pino de Barcelona dictó sentencia en 9 de Octubre de 1880, declarando que Doña Teresa Sauri y Masadas, consorte de D. Carlos de Moy y Janer, Conde de Moy, es en la actualidad la persona llamada legítimamente á suceder en el fideicomiso condicional establecido por su abuelo materno D. Francisco Masadas en el testamento bajo el cual falleció; correspondiendo en su consecuencia que sean dimitidos á su favor y entre-

gados á la misma como única heredera los bienes que integran dicho fideicomiso, y condenando á Doña Eulalia Masadas y Teixidó y á Don José Enrique Coll y Masadas á estar y pasar por las consecuencias de tales declaraciones, á la indemnización de los bienes que hayan enajenado ó de cualquiera manera distraído, y absolviendo, por último, á Doña Teresa Sauri de la reconvención propuesta por Doña Eulalia Masadas:

Resultando que durante la segunda instancia ocurrió el fallecimiento de Doña Eulalia Masadas, y de conformidad de las partes se tuvo por subrrogado en su lugar y derecho á su hijo D. José Enrique Coll, y por sentencia de la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio de 20 de Mayo próximo pasado fué confirmada la dictada por el Juzgado:

Resultando que acreditando con el resguardo correspondiente haber constituído el depósito de 1.000 pesetas, interpuso D. José Enrique Coll y Masadas recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1° La voluntad del testador D. José Francirco Masadas, que es la ley de sucesión en el presente caso y la suprema en el pleito mientras no sea contraria á las leyes, en los tres conceptos siguientes: primero, porque expresa la sentencia recurrida que la última voluntad de Masadas ha de entenderse que es una sustitución vulgar y otra fideicomisaria para el caso de fallecer sin prole el que hubiera llegado á ser su heredero, siendo así que es una verdadera vinculación prohibida á la sazon por las leyes: segundo, porque en el supuesto de que Masadas no hubiera constituído realmente un vínculo fideicomiso familiar, como equivocadamente supone la sentencia recurrida, llamando como llama al testador en su caso y lugar á sus hijas, no juntas, sino una después de otra, por el fallecimiento de Doña Dolores Masadas, 13 años antes que el del último poseedor, se trasmitieron los bienes á Doña Eulalia, hija del mismo testador y madre del recurrente, única que vivía en el momento de abrirse la institución ó sustitución; y tercero, porque no habiendo llegado á entrar los bienes en la línea de la demandante porque su causante no pudo ser heredera, no podía ni por derecho propio ni por derecho propio ni por derivación de su madre, ostentar un derecho en perjuicio de su tía Doña Eulalia, reivindicando los bienes que á su muerte dejó el abuelo, testador; pues las palabras terminantes que éste consignó en su testamento, que dicen *y heredero suyo no fuése porque no quisiere ó no pudiere*, evidencian que Doña Dolores no pudo ser heredera, ni por consecuencia trasmitir derecho que no llegó á tener:

2° En el supuesto de admitir la validez de un vínculo fundado en 1804 sin licencia real, la Real céoula de 14 de Mayo de 1789, que es la ley 12, tít, 17, libro 10 de la Novísima Recopilación y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, según las cuales no son válidas ni pueden subsistir las vinculaciones posteriores á la fecha de la Real pragmática, aparte de que llámese ó no vínculo lo establecido por D. José Francisco Masadas, es lo cierto que la ley se infringe por la sentencia en que se defiere la sucesión universal en virtud de una cláusula testamentaria que ha debido declararse nula, conforme el recurrente excepcionó desde el principio y en todo el curso del pleito:

3° La ley 81, libro 29, tít. 2° del Digesto; la jurisprudencia establecida acerca de la inteligencia de esta ley en el cuarto considerando de la sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1867, y la

doctrina vigente, no sólo en Cataluña, sino en todo el Reino, en virtud de la regla 12 de derecho de la séptima Partida, sancionada por varias sentencias de este Tribunal, según la cual nadie trasmite á sus descendientes derechos que él no ha adquirido; porque la sentencia reconoce en la Marquesa de Moy derechos que su madre y causante no pudo adquirir porque murió 13 años antes que el último poseedor de los bienes:

4º La doctrina legal repetidamente consignada por este Tribunal Supremo de que en toda institución hereditaria é igualmente en las sustituciones, es requisito indispensable que él instituído ó el sustituto en su caso tengan capacidad para aceptar la herencia al cumplirse la condición impuesta por el testador:

5º El sentido que este Tribunal Supremo ha dado á las cláusulas iguales en diferentes sentencias, entre otras, en las de 10 de Diciembre de 1884, 6 de Febrero de 1865, 24 de Abril de 1867 y 22 de Mayo de 1880:

Y 6º El usatge *Omnes causæ*, y la doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo como jurisprudencia constante de que toda acción prescribe al trascurso de 30 años, porque á la muerte del testador en 1815 nació la acción que asistía á todos sus hijos para repartirse la herencia en concepto de intestado, sin que nada hayan reclamado en el trascurso de 60 años:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia no infringe la voluntad del testador en la forma y concepto primero que se alega en el primer fundamento del recurso, puesto que admitiendo como admite la cláusula de institución el sentido de establecer un fideicomiso familiar en la forma que lo declara la sentencia recurrida; dicha inteligencia está conforme con los actos todos de la familia interesada en la herencia de D José Francisco Masadas, cuya viuda é hijos procedieron en el supuesto de ser válida la cláusula de institución de herederos, no siendo posible admitir en el estado actual que los recurrentes hayan llegado á poseer los bienes de la herencia en virtud de la misma cláusula y ahora pidan su nulidad alegando la prescripción de la acción de petición de herencia por el tracurso de tiempo desde 1815 en que falleció el testador, ni tampoco la infringe en los conceptos segundo y tercero que también se alegan en el mismo fundamento, puesto que el llamamiento que hace la cláusula es á favor de los hijos y descendientes, tanto varones como hembras, en términos que llamados los nietos por derecho propio no existe la condicion de que sus padres hayan llegado á poseer la herencia:

Considerando que es inaplicable y no ha podido ser infringida la ley 12, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, que prohibe fundar mayorazgos y perpetuar la enajenación de bienes raíces sin Real licencia; ley citada en el segundo fundamento; puesto que lejos de aceptar la sentencia recurrida el hecho de una vinculación perpétua, parte del supuesto de constituir la sustitución en fideicomiso tal como es frecuente en Cataluña establecerlos, dando este sentido á la cláusula en conformidad con los actos de las personas de quienes deriva el derecho del recurrente:

Considerando con relación á los motivos 3º, 4º, y 5º del recurso que son inaplicables las leyes y doctrinas que en ellos se citan, por no declarar la sentencia derecho alguno trasmitido de la madre de la Condesa de Moy, sino el propio y personal de la misma Condesa en virtud del

llamamiento hecho en la cláusula testamentaria, á cuyos términos debe atenerse el fallo para declarar el derecho á los bienes:

Y considerando, por último, con relación al quinto motivo en que se cita como infringido el usatge *Omnes causæ*, que establece el tiempo para la prescripción: que tampoco lo infringe la sentencia, puesto que la prescripción no podría empezar á correr hasta la muerte en 1873 de D. Paciano Masadas, pues aceptada la cláusula del testamento de D. José Francisco Masadas, este hecho que obliga á toda la familia no es posible que conceda acciones á los poseedores de los bienes en virtud de él y sea nulo para los demás;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Enrique Coll y Masadas, á quien condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito de 1.000 pesetas que ha constituido, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 5 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Agosto del mismo año.)

114

Recurso de casación (7 *de Abril de* 1883).—*Sala primera*.—PAGO DE CRÉDITOS.—No ha lugar al interpuesto por D. Jerónimo Recoder con Doña Concepción Bach (Audiencia de Barcelona), y se resuelve):

1º *Que no son admisibles los motivos de casación fundados en hechos contrarios á los apreciados por la Sala sentenciadora, pues hay que estar á dicha apreciación, si contra ella no se alega error de hecho en la forma prescrita en el núm.* 7º *del art.* 1692 *de la vigente ley de Enjuiciamiento civil:*

2º *Que tampoco lo son los alegados haciendo supuesto de la cuestión litigiosa;*

Y 3º *Que la infracción que no se refiere á ley ni doctrina legal, como es la relativa al art.* 9º *del reglamento para la exacción del impuesto sobre traslaciones de dominio, no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado el Tribunal Supremo.*

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Figueras y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Concepción Bach y Villarrubia, vecina de esta última ciudad, por sí y en representación de su hijo menor D. Manuel Durán y Bach, con D. Jerónimo Recoder y Puig, Notario, vecino de Mataró, sobre pago de diferentes créditos; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Enrique Roger y el Procurador D. Federico Grases Riera, en defensa y representación de Recoder; habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Dr. D. José Leopoldo Féu y el Procurador D. José García Noblejas:

Resultando que en documento privado de 15 de Enero de 1868, D. Jerónimo Recoder confesó deber á D. Miguel Durán y Llavanera 250 pesetas que había recibido de éste en metálico, obligándose á devolvérselas en igual fecha del siguiente año, con el interés del 6 por 100: que el mismo Recoder en otro documento privado de 18 de Febrero de dicho año aceptó de Durán en calidad de depósito 2.500 pesetas;

y que en 23 del mismo mes confesó también en documento privado que había recibido de Durán 1.250 pesetas:

Resultando que en carta de 25 de Febrero de 1868, D. Tomás Marés pidió á D. Jerónimo Recoder 11.000 rs. que faltaban para completar una partida con los 9.000 que le tenía entregados á cuenta; que por escritura pública de 22 de Junio del mismo año 1868, otorgada ante el Notario D. Jerónimo Recoder, D. Tomás Marés cedió á D. Miguel Durán un crédito de 5.000 pesetas que tenía contra D. Juan Bautista Romañach; y que en carta que D. Miguel Durán dirigió á Recoder con fecha 17 de Agosto del repetido año 1868 le dijo que cuando tuvieran ocasión arreglarían la cuestión Romañach, pues como sabía se había despedido de él quedando lo arreglarían; es decir (dice literalmente), que los 300 duros presté á V. debo abonarle 250 para el cumplimiento de 1.000 de que consta la escritura:

Resultando, por otra parte, que el mismo D. Jerónimo Recoder confesó deber á Durán en documento privado de 15 de Agosto de 1868 50 pesetas, que prometió devolverle con el interés del 6 por 100 transcurrido un año: que por otro vale de 20 de Julio de 1871 confesó el mismo Recoder que debía á Durán 1.000 pesetas que le había prestado y le devolvería después de un año; y que por último, en 17 de Noviembre de 1872 reconoció Recoder un crédito de otras 500 pesetas á favor de Durán, ofreciendo reintegrárselo á su voluntad:

Resultando que los consortes D. Pedro Portell y Salleras y Doña Rosa Font y Caraminas otorgaron cuatro pagarés en Castelló de Ampurias con fecha 2 de Julio de 1867 á favor de D. Jerónimo Recoder, Notario y vecino de aquella villa, por la cantidad en junto de 2.097 pesetas 50 céntimos que les había prestado y habían empleado en la construcción de un salón de baile, cuyos pagarés fueron cedidos por Recoder á D. Miguel Durán en 8 del mismo mes de Julio por simple endoso puesto á continuación de cada uno de ellos; y por escritura de 14 de Marzo de 1869, otorgada ante Recoder como Notario, D. Pedro Portell, y Doña Rosa Font reconocieron ser en deber á D. Miguel Durán 2.907 pesetas 50 céntimos, provenientes de cuatro pagarés que tenían otorgados por igual suma recibida en préstamo para concluir un salón de baile de la propiedad de los otorgantes:

Resultando que D. Miguel Durán falleció en 20 de Febrero de 1874, dejando usufructuario de sus bienes á su mujer Doña Concepción Bach y Villarrubia, y heredero universal á su hijo D. Manuel Durán y Bach:

Resultando que en 9 de Marzo de 1880, Doña Concepción, por sí y en representación de su citado hijo menor de edad, dedujo demanda ordinaria contra D. Jerónimo Recoder, con la pretensión de que en virtud de las acciones personales de depósito y mutuo que ejercitaba se condenase á dicho demandado al pago y restitución de 6.124 pesetas 37 céntimos á que por capital é intereses hasta la fecha ascendían los seis documentos de crédito otorgados por Recoder á favor de Don Miguel Durán en las respectivas fechas de 15 de Enero, 18 y 23 de Febrero y 15 de Agosto de 1868, 20 de Julio de 1871 y 17 de Diciembre de 1872, de que se ha hecho relacion, así como el abono de los demás intereses que fueran venciendo y de las costas que se causasen:

Resultando que D. Jerónimo Recoder opuso á la demanda que los préstamos consignados en los documentos privados de 15 de Enero y 23 de Febrero de 1868 y el depósito reconocido en el de 18 de Febrero

del mismo año quedaron cancelados con la escritura de cesión á Durán del crédito de 5.000 pesetas que Marés tenía contra Romañach, pues no cabía duda, en vista de dicha escritura de 22 de Junio de 1868 y de las cartas de 25 de Febrero del mismo año de D. Tomás Marés y de 17 de Agosto de D. Miguel Durán, que el demandado fué quien pagó á Marés las 5.000 pesetas que le adeudaba Romañach: que del contenido de dicha carta de Durán de 17 de Agosto de 1868 se deducía que el demandado quedó debiéndole 250 pesetas, las que unidas á las que acreditaba con los otros tres documentos privados de 15 de Agosto de 1868, 20 de Julio de 1871 y 17 de Diciembre de 1772 formaban un crédito á favor de Durán de 200 pesetas; pero como los cuatro pagarés que el demandado tenía contra los consortes Portell y Font importaban 2.907 pesetas con 50 céntimos, y de ellos hizo cesión á Durán, otorgándose después á consecuencia de tal cesión la escritura de 14 de Marzo de 1869, en que dichos consortes reconocieron aquél crédito de Durán, resultaba, atendiendo á las leyes de compensación de créditos, que el demandado era acreedor en la actualidad de los herederos de D. Miguel Durán por la cantidad de 907 pesetas 50 céntimos: que la confianza y amistad que existía entre Durán y el demandado había sido la causa de que no se inutilizarán por descuido los documentos de crédito en que se fundaba la demanda; y que la demandante Doña Concepción no incluyó en el inventario que tomó de los bienes de su marido Durán los créditos que reclamaba, defraudando así los derechos de la Hacienda pública; en virtud de todo lo cual concluyó invocando las excepciones de pago, devolución y compensación para que se le absolviese de la demanda interpuesta, y pidiendo por vía de reconvención que en virtud de la acción personal correspondiente se condenase á la demandante en la doble personalidad con que litigaba á pagarle 907 pesetas 50 céntimos é intereses devengados:

Resultando que la demandante insistió en la réplica en lo dicho y pedido en la demanda, negando que fuese exacta la explicación dada por el demandado en su contestación, y éste á su vez reprodujo en la dúplica lo que tenía pedido y alegado:

Resultando que durante el término de prueba se practicó por ambas partes lo pericial y se trajeron copias de las escrituras también referidas, y además y á instancia de la parte demandada se exhibió por la demandante un libro, titulado de apuntes de Miguel Durán, del que se testimoniaron varios asientos; se unió original á los autos una nota de Durán, titulada noticia de los pagarés que Recoder me guarda en su poder y deben serme satisfechos, absolvió posiciones Doña Concepción Bach, diciendo que creía que no había incluído en ningnno de los inventarios de los bienes de su difunto marido los créditos que se reclamaban en este pleito por no haberse encontrado todavía cuando se hicieron aquéllos, y practicó por último prueba testifical con objeto de demostrar que satisfizo á Marés el crédito que tenía contra Romañach y que fué cedido á Durán, y que la escritura de debitorio que los consortes Portell y Font otorgaron en 14 de Marzo de 1869 á favor de Durán se refería á los mismos pagarés que tenía otorgados á Recoder con fecha 2 de Julio de 1867 y que éste cedió á Durán en 8 del mismo mes:

Resultando que sustanciado el pleito en dos instancias dictó sentencia revocatoria la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en 15 de Abril de 1882, condenando á D. Jerónimo Recoder á pagar

á Doña Concepción Bach, viuda de D. Miguel Durán, la cantidad de 5924 pesetas 50 céntimos, importe de los documentos en que se apoya la demanda é intereses estipulados, y á que satisfaga asimismo á la propia demandante los intereses de las 5550 pesetas á que ascienden dichos documentos, á razón del 6 por 100 desde la contestación de la demanda hasta el día de su efectivo pago, y absolviendo por último á Doña Concepción Bach de la reconvención propuesta por D. Jerónimo Recoder:

Resultando que D. Jerónimo Racoder interpuso recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

1° En que al afirmar la sentencia recurrida que el recurrente no ha justificado ser quien entregara á D. Tomás Marés los 1.000 duros importe de la cesión que á favor de D. Miguel Durán hizo el mismo por escritura de 22 de Junio de 1868 del crédito que tenía contra D. Juan Bautista Romañach, fundándose sólo en conjeturas y prescindiendo del sentido literal de los documentos y negando valor y eficacia á la prueba testifical y á las notas puestas de puño y letra del acreedor Durán, incurre en error de hecho al apreciar la prueba, infringiendo la ley 32, tít. 16, Partida 3ª, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1867, que concede fuerza probatoria á la declaración de dos testigos en toda clase de juicios cuando están enteramente conformes en lo sustancial y en lo accidental de los hechos, así como la ley 119, tít. 18, Partida 3ª, en cuanto esta ley dispone y es regla no derogada de sana crítica, que si alguna de las partes adujese alguna carta en juicio que fuese fecha por mano de aquel contra quien face la demanda, hace también fuerza en juicio, puesto que el fallo recurrido no se la concede á la carta escrita por D. Miguel Durán ni á los asientos y notas puestos por éste en sus libros:

2° Porque al reconocer la sentencia en el considerando 3° ser cierto que en sustitución de los cuatro pagarés otorgados por los consortes Pedro Portell y Doña Rosa Font á favor del recurrente por la cantidad en junto de 2.907 pesetas 50 céntimos, se otorgó á su vez por aquéllos á favor de D. Miguel Durán la escritura de desitorio de 14 de Mayo de 1869, y afirmar sin embargo, después de tal reconocimiento, que Don Miguel Durán satisfizo al recurrente el importe de dichos documentos infringe el principio inconcuso de derecho en virtud del cual los Tribunales deben fallar con arreglo á lo alegado y probado por las partes, porque hace una declaración que no se ha justificado ni pretendido justificar por la demandante Doña Concepción Bach:

3° En que al considerar probado el hecho que se acaba de referir comete error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo la regla de sana crítica, que prohibe fallar por simples conjeturas y el axioma de derecho *Qua non est plena veritas est plena falsitas; si quod non est plena probatio plena nulla est probatio*, puesto que sin alegación contraria y sin prueba en los autos se da como probado que Don Miguel Durán pagó al recurrente el importe de los pagarés, no obstante que el único hecho cierto respecto á este particular, porque consta en los mismos documentos, es la cesión del recurrente á Durán sin que bajo ningún motivo pueda deducirse de los endosos ó notas de traspaso que recibiese su importe, pues son expresivas solamente de la cesión y no se dice en ellas que sea valor recibido, entendido ó en cuenta:

4° En la infracción que resulta de las leyes que rigen en la interpretación de los contratos, especialmente de la 84, título *De reg. jur.*, y

de la 3ª, tít. *De reb. cred.*, á tenor de las cuales las dudas que se susciten acerca de la extensión de las obligaciones deben resolverse en el sentido en que con sus actos posteriores manifiesten las partes haberlo entendido, así como de los principios de derecho *Cum in verbis nulla ambigüitas est non debet admitti voluntatis quæstio*, y *Ubi verba non sunt ambigua non est locus interpretationis*, al negar el fallo recurrido á la carta de 17 de Agosto de 1868 dirigida por Durán al recurrente, á las notas puestas por éste en sus propios libros y á los endosos de los cuatro pagarés aludidos en la infracción anterior el significado que verdaderamente tienen, puesto que á pesar de haber manifestado Don Miguel Durán en dicha carta que el recurrente no le debía más que 250 pesetas, y por medio de las notas puestas en sus libros de cuentas, el verdadero estado de la corriente que con él tenía, declara el fallo que son de abono á Doña Concepción Bach, causa habiente de Durán, todas las partidas que resultan saldadas de dichas notas y cartas; infringiendo además los principios de derecho que quedan citados, porque además de ser claro y explícito el contenido de la carta y notas y de los endosos puestos al pie de los cuatro pagarés suscritos por los consortes Portell y Font, los interpreta á su manera, haciendo deducciones que no resultan de su sentido:

5º En haber sido infringido asimismo el otro principio de derecho *Actore non probante reus est absolvendus*, en el concepto de que sin haber propuesto Doña Concepción Bach prueba para justificar que el importe de los citados pagarés haya sido satisfecho al recurrente, ó que el dinero prestado á los consortes Portell y Font fuesen de Durán, la sentencia amolda su parte dispositiva á este hecho como si realmente se hubiese probado:

6º En haber sido infringidas igualmente por no haber sido aplicadas al caso presente las leyes 1ª y 3ª, 11 y 12, título *De compen.* del Digesto; la 4ª del Código, y la 20, tít 14, Partida 5ª, y por haberlo sido indebidamente la 186 del Digesto *De borborum significatione*, y la 8ª, título 3º, Partida 5ª, que no tienen relación alguna con el objeto del pleito;

Y 7º Porque al conceder la sentencia recurrida valor en juicio á documentos que representan derechos que han eludido el pago del impuesto sobre traslaciones de dominio, como ha sucedido con los trasmitidos á Doña Concepción Bach y á su hijo por fallecimiento de D. Miguel Durán; al no haber sido continuados en el inventario que se formó, según confesión de la misma Doña Concepción, ha infringido el art. 90 del reglamento para la exacción del referido impuesto:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida, al negar que el demandado Recoder haya justificado los hechos en que se apoya la excepción de compensación, hace un razonamiento fundado, no en simples conjeturas, sino en el conjunto de las pruebas practicadas por una y otra parte, al que opone el recurrente su propio criterio, basado esencialmente en las declaraciones de varios testigos y la significación que atribuye á las cartas y anotaciones de D. Miguel Durán é intervención que éste tuviera en la escritura de 14 de Agosto de 1869, autorizada por el demandado en calidad de Notario, en cuyo caso debe prevalecer la apreciación de la Sala sentenciadora, toda vez que contra ella no se alega error de hecho en la forma prescrita en el núm. 7º del art. 1692 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, y los de derecho á que se refieren

los cuatro primeros motivos no pueden estimarse, porque parte del diverso concepto que merece á la misma parte recurrente el resultado de los indicados medios probatorios:

Considerando que tampoco son de estimar los fundamentos 5.º y 6.º, por cuanto en ellos se hace supuesto de la cuestión litigiosa, afirmando que la demandante no ha probado su acción contra lo que declara el Tribunal sentenciador y reconoce el mismo Juzgado en el mero hecho de haber utilizado únicamente la excepción de compensación:

Considerando por último que la infracción alegada en séptimo lugar no se refiere á ley ni doctrina legal, sino á un artículo del reglamento para la exacción del impuesto sobre traslaciones de dominio, lo que basta por sí solo para que no pueda servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado este Tribunal Supremo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jerónimo Recoder, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 7 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Agosto del mismo año.)

115

Competencia (*7 de Abril de 1883*).—*Sala tercera*.—PAGO DE PESETAS.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista de Madrid la suscitada con el de igual clase de Burgos sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Eduardo Chao contra D. Manuel María Rivas, y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, en las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deban dar los Administradores de bienes ajenos, será Juez competente el del lugar donde deban presentarse las cuentas, y no estando determinado, el del domicilio del poderdante ó dueño de los bienes ó el del lugar donde se desempeñe la administración, á elección de dicho dueño.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Abril de 1883, en la competencia promovida entre el Juzgado de primera instancia de Burgos y el del distrito de Buenavista de esta corte acerca del conocimiento de la demanda deducida por D. Eduardo Chao, como Director de la Sociedad de seguros *La Unión*, contra D. Manuel María Rivas y los herederos de D. Pascual Escudero sobre pago de pesetas:

Resultando que en 9 de Marzo de 1860 otorgaron escritura pública en la ciudad de Burgos D. Manuel María Rivas, D. Pascual Escudero, ambos de aquella vecindad, y D. Enrique Condesana, vecino de Madrid, en la que manifestó el primero haber sido nombrado por el Consejo de administración de la Compañía de Seguros *La Unión* Subdirector de la misma en aquella provincia á calidad de garantir su responsabilidad en el desempeño de su destino con la suma de 100.000 reales, en cuya consecuencia presentaba por fiador al citado D. Pascual Escudero, el que se constituyó en efecto fiador solidario y mancomunado del citado Rivas, obligándose á garantir todas las resultas pecuniarias que procediesen del cargo de Subdirector, fianza que fué aceptada por D. Enrique Condesana en todas sus partes:

Resultando que practicada liquidación en 27 de Agosto de 1868 por

D. Manuel María Rivas y la citada Compañía, resultó un saldo á favor de ésta de 64.588 rs. 14 cénts.; liquidación que fué firmada en la ciudad de Burgos, y aprobada y aceptada por el Subdirector D. Manuel María Rivas:

Resultando que con presentacion de dichos documentos, interpuso D. Eduardo Caro, como Director de la Sociedad de seguros *La Unión*, demanda civil ordinaria contra D. Manuel María Rivas y los herederos de D. Pascual Escudero ante el Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista de esta corte en 6 de Agosto último, exponiendo después de referirse á los antecedentes que se dejan relatados, que desde la fecha de la liquidación había practicado gestiones, ora cerca del Rivas, ora cerca de D. Pascual Escudero, para reintegrarse de aquel saldo, cuyas gestiones habían sido inútiles; que habiendo administrado D. Manuel María Rivas como mandatario de la Compañía los bienes de la misma, estaba obligado á pagar el saldo de la liquidación, no sólo por ser una consecuencia inmediata de la administración, sino también por haber reconocido y aceptado la deuda liquidada; que siendo válida la escritura de fianza mencionada, Escudero estaba sujeto solidaria y mancomunadamente á las responsabilidades pecuniarias que resultaran contra D. Manuel María Rivas, y que habiendo fallecido D. Pascual Escudero habían asumido sus herederos los derechos y obligaciones por él contraídos; en cuya virtud y haciendo uso de la acción personal, solicitó se declarara la aprobación de la cuenta firmada y aceptada por D. Manuel María Rivas, y que éste y los herederos de D. Pascual Escudero están obligados solidaria y mancomunadamente á reintegrar á la Sociedad de la cantidad reclamada, condenándolos á que lo verifiquen en el término de seis días:

Resultando que conferido traslado á los demandados, fué emplazado D. Manuel María Rivas en esta corte y los herederos de D. Pascual Escudero por medio de exhorto que se libró al efecto al Juzgado de primera instancia de Burgos, al cual acudieron dichos herederos proponiendo la inhibitoria, y solicitando que se declarase competente para conocer de la demanda en atención á que se ejercitaba en la misma una acción personal nacida de la obligación contraída en la escritura de fianza; que dicha obligación debía cumplirse en Burgos toda vez que el Subdirector de la Sociedad tenía su domicilio legal, real y necesario en aquella ciudad, habiéndose practicado en la misma ciudad la liquidación de que se hacía derivar la responsabilidad; que en Burgos había dado y rendido sus cuentas D. Manuel María Rivas, debiendo discutirse y resolverse en el mismo punto cuanto se refiriese á las cuentas y á la fianza, por ser aquel el lugar destinado para el cumplimiento de la obligación con arreglo á lo dispuesto en la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que oido el Promotor fiscal, fué denegada por el Juez de Burgos la pretensión de los herederos de Escudero; pero admitida la apelación interpuesta, y revocado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos el auto del Juez mandando que éste sostuviera la competencia propuesta por los herederos de D. Pascual Escudero en vista de las razones expuestas por los mismos, dicho Juez declaró haber lugar á la inhibición, y que se requiriese en forma al Juez de Madrid á fin de que remitiera los autos á aquel Juzgado como único competente para conocer de la demanda:

Resultando que el Juez del distrito de Buenavista, después de oir al

demandante y al Promotor fiscal, de conformidad en lo propuesto por los mismos, se negó á la inhibición requerida; y habiendo insistido en ella el Juez de Burgos, uno y otro elevaron á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que, según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 63 de la ley de Enjuiciamiento civil en las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deban dar los Administradores de bienes ajenos será Juez competente el del lugar donde deban presentarse las cuentas, y no estando determinados el del domicilio del poderdante ó dueño de los bienes ó el del lugar donde se desempeñe la administración á elección de dicho dueño:

Considerando que en el caso presente se ejercita una acción de rendición de cuentas, y que aun cuando no está determinado donde éstas deban presentarse, siendo Madrid el punto en que se hallan las oficinas de contabilidad y la dirección de la Sociedad, éste es el punto en que debe cumplirse la obligación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito de Buenavista de Madrid, al cual se remitan unas y otras actuaciones para que las continúe y proceda con arreglo á derecho, y dése conocimiento de esta resolución al de Burgos para su conocimiento y efectos legales correspondientes.—(Sentencia publicada el 7 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Mayo del mismo año.)

116

Recurso de casación en la forma (*7 de Abril de* 1883).—*Sala tercera.*—Desahucio.—No ha lugar al interpuesto por D. Juan López Cancelos con Doña Ramona Traviese (Juzgado de Castropol), y se resuelve:

1° *Que el art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil en su número 2° dispone que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando haya falta de personalidad en alguna de las partes ó del Procurador que las represente;*

Y 2° Que no existe tal falta tratándose de una viuda que litiga en nombre propio, y en la legítima representación de sus hijos.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Abril de 1883, en los autos que ante Nós penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado municipal de Vega de Rivadeo y en el de primera instancia de Castropol por Doña Ramona Traviese, viuda de D. Manuel Vior, por sí y sus menores hijos, con D. Juan López Cancelos, labrador, vecino de Villadonga, sobre desahucio:

Resultando que en 20 de Octubre de 1882 Doña Ramona Traviese, viuda de D. Manuel Vior, acudió al Juzgado municipal de Vega de Rivadeo, exponiendo que sus hijos y ella eran dueños en propiedad y posesion de los bienes que en la parroquia de Abres correspondieron en un tiempo á D. Manuel Cancio: que entre esos bienes se hallaba una finca rústica ó casa de labranza, marcada con el núm. 122, y cortiña labradía, de cabida de dos ferrados en sembradura: que sucedió en la llevanza de esta finca, que estaba arrendada verbalmente y sin tiempo

determinado, D. Juan López Cancelos; y como se negase á dejarla á la libre disposición de la demandante; sin embargo de haberle requerido al efecto, y fundada en la causa 3ª del art. 1572 de la ley de Enjuiciamiento civil y en la falta de pago de la renta, pidió por sí y en representación de sus hijos se declarase haber lugar al desahucio de dicha finca; apercibiendo con lanzar de ella al López Cancelos si no la desalojaba dentro de ocho días:

Resultando que convocadas las partes á juicio verbal, la demandante reprodujo su demanda; y el demandado D. Juan López Cancelos, pidiendo se le absolviera de ella, excepcionó que la finca objeto de la demanda fué dada en foro á D. Francisco Pérez de Barcia y á su consorte Doña Isabel Rodríguez por D. Manuel Lamas, Capellán de la de San Nicolás de Ojo de Buey, por el canon anual de ocho ferrados de trigo, según escritura de 25 de Febrero de 1841, de la que sólo presentaba copia simple por hallarse la original producida en otro juicio celebrado en Abril de 1870 á instancia del Lamas contra el demandado y su madre política Doña Isabel Rodríguez: que ésta y su consorte D. Francisco Pérez Barcia fallecieron bajo testamento, en el que instituyeron por sus herederos á sus hijos D. José y Doña Antonia, mujer del demandado, y el D. José cedió todos sus derechos á esta última: que bajo este supuesto el demandado podía abstenerse de contestar á la demanda, puesto que jamás pagó ni renta ni canon á la demandante ni á sus hijos, ni aquélla ni éstos eran dueños del útil, y tratándose de bienes parafernales de la consorte del demandado, á ella debiera dirigirse la acción: que la demandante no acompañaba los títulos necesarios para acreditar que es parte legítima para promover esta cuestión, según el art. 1564 de la ley de Enjuiciamiento civil: que después de replicar y duplicar las partes, propusieron las pruebas que respectivamente conceptuaron convenir á su derecho en justificación de los hechos que habían alegado; y en parte de la propuesta por la demandante se unió compulsa de un juicio celebrado en 24 de Octubre de 1879 entre las mismas y D. José Barcia sobre reclamación de rentas, aquélla expuso ser dueña de la casa y bienes del demandado Barcia, por los que debía satisfacerle cinco ferrados de trigo, bienes pertenecientes á la capellanía representada por D. Manuel Lamas, correspondiendo á la actora esos derechos por haberlos adquirido de D. Manuel y Doña Bárbara Cancio:

Resultando que practicadas las pruebas, dictó sentencia el Juez municipal, de la que interpuso apelación Doña Ramona Travieso; y remitidos los autos al Juzgado de primera instancia y celebrada vista pública, en la que el demandado reprodujo la protesta de que existía falta de personalidad y legitimidad de parte de la demandante para promover el juicio, comprendida en los artículos 503, núm. 2º, y 1564 de la ley de Enjuiciamiento civil, dicho Juez por sentencia de 11 de Diciembre de 1882, revocando la apelada, condenó á D. Juan López Cancelos á que dentro del término que se le señale desaloje la finca rústica ó casa de labranza y sus anejos de dos ferrados de sembradura, sita en Villadonga, parroquia de Abres, dejándola á disposición de Doña Ramona Travieso, condenando al Cancelos en las costas del juicio:

Resultando que D. Juan López Cancelos interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 2º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando que había falta de personalidad en la demandante, tanto para promover la cuestión en nombre de

sus hijos como en el suyo propio, defectos comprendidos en los artículos 503, núm. 2°, y 1564 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que el art. 1693 en su núm. 2° dispone que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando haya falta de personalidad en alguna de las partes ó del Procurador que las represente:

Considerando que en el caso presente no existe el motivo de casación alegado por el recurrente y á que se refiere la disposición citada, en atención á que Doña Ramona Travieso litiga en nombre propio, y como viuda tiene la legítima representación de sus hijos, lo cual no se ha puesto en duda, se ha reconocido por el causante de aquél en juicio y ocasión análoga á la presente el derecho que tenían éstos á recibir las rentas como dueños del dominio útil:

Considerando, por tanto, que no ha habido el quebrantamiento de forma alegado por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan López Cancelos, á quien condenamos en las costas: devuélvanse los autos al Juzgado de primera instancia de Castropol con la correspondiente certificación.—(Sentencia publicada el 7 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Agosto del mismo año.)

117

Recurso de casación (9 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—REIVINDICACIÓN.—No ha lugar al interpuesto por Doña Gabina Zuazo y otras con Doña Paula de Butrón. (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1° *Que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y que á ella debe estarse mientras no se acredite que con la misma se ha cometido error de derecho ó de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador;*

Y 2° *Que son inaplicables, y no pueden decirse infringidas, las leyes* 18 *y* 19, *tít.* 29, *Partida* 3ª, *cuando no se trata del caso en que mediante el trascurso de* 30 *años puede ganar la cosa raíz el que la recibe de quien no ha derecho á enajenarla.*

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Valmaseda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. José Félix Victoria y Echevarría, comerciante, vecino de Bilbao, como apoderado de Doña Crisóstoma de Zuazo y Nicolán, labradora, vecina de Sestao, de Doña Ana de Zuazo y Nicolán, labradora, vecina de Somorrostro y de Doña Gabina de Zuazo y Allende, vecina también de Somorrostro, con Doña Paula de Butrón y Sasio, labradora, vecina de Sestao, por sí y en representación de sus hijos D. Melitón de Echevarría y Butrón; D. Balbino y D. Timoteo de Echevarría y Butrón, labradores, de la misma vecindad, y D. Francisco Marcé, tonelero, vecino de Portugalete, en representación de su mujer Doña Eustaquia de Echevarría y Butrón, y por defunción de ésta en la de sus hijos Doña Emilia, D. Hermenegildo y Doña Regina Marcé y Echevarría, sobre reivindicación de la cuarta parte de una mina; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado

D. Juan María López y el Procurador D. Francisco Egea, en defensa y representación de los demandantes, habiendo sido defendidos y representados en este recurso los demandados por el Licenciado D. Juan Pérez Santillán y el Procurador D. Felipe Ruiz de la Peña:

Resultando que D. Ramón de Zuazo, en unión de D. Carlos de la Sierra y D. Felipe Corral, promovió expediente en la sección de Fomento de la provincia de Vizcaya en 28 de Diciembre de 1847 para el registro de la mina de hierro denominada Marquesa, sita en los montes altos de Triano, paraje llamado la Rayera, que fué aprobado en 13 de Junio de 1855, y con relación á él se expidió certificación en 5 de Setiembre de 1877, haciendo constar que el registro de dicha mina había sido hecho por aquellos tres;

Resultando que en escritura pública, otorgada en 27 de Febrero de 1881, manifestaron bajo juramento D. José de Menchaca, D. Manuel y D. Ignacio del Escobal, á instancia de Doña Paula de Butrón, que les constaba que D. Ramón de Zuazo era uno de los jornaleros con que contaba la casa de Doña Cecilia de la Hera para explotar diversas minas de hierro; que en 1849 Doña Cecilia de la Hera hizo á D. Ramón de Zuazo ciertos suplementos de hierro para remediar sus necesidades, y como no se los satisficiese por carecer de metálico, le entregó en 1850 en venta para pago de lo que le adeudaba la cuarta parte de la mina de hierro Marquesa; y que esta cuarta parte de mina pasó por defunción de Doña Cecilia al dominio de su hija Doña Julia de Villate, quien la vendió en 1855 á D. Antolín de Echevarría, marido de Doña Paula Butrón; cuyos hechos constaban al primero de los declarantes de ciencia propia y á los otros dos por haberlo oído al D. Ramón y al Don Antolín;

Resultando que á instancia de la misma Doña Paula de Butrón había declarado anteriormente Doña Julia de Villate y la Hera en escritura pública de 27 de Junio de 1879 que en 16 de Febrero de 1855 había vendido á D. Antolín de Echevarría, finado marido de la Doña Paula, la cuarta parte de la mina Marquesa, que había correspondido á la declarante por fallecimiento de su madre Doña Cecilia de la Hera, careciendo de título de propiedad, y que por lo tanto reconocía como dueño de dicha cuarta parte de mina á los herederos de D. Antolín de Echevarría:

Resultando que D. Ramón de Zuazo falleció sin disposición testamentaria en 3 de Enero de 1863, y por auto del Juez de Valmaseda de 16 de Setiembre de 1880 fueron declarados herederos abintestato, sin perjuicio de tercero, sus hijos Doña Gabina, Doña Ana, Doña Crisóstoma y D. Dámaso:

Resultando que por Doña Crisóstoma y Doña Ana de Zuazo se demandó en acto de conciliación en 26 de Junio de 1879 á Doña Paula Butrón con el fin de que se abstuviese de ejercer actos de dominio sobre la cuarta parte de la mina la Marquesa, que les pertenecía como herederas de su padre D. Ramón Zuazo, á lo cual opuso Doña Paula que dicha parte de mina no se había contado jamás entre los bienes hereditarios de D. Ramón Zuazo, pues los derechos que éste podía tener en ella los había trasmitido á Doña Cecilia de la Hera, de la que habían pasado á sus hijos, y desde éstos á la demanda, que desde ocho años antes del fallecimiento de D. Ramón, ó sea por espacio de 24 años, venía en posesión con justo título de la cosa que se le reclamaba:

Resultando que en 27 de Octubre de 1860, Doña Paula de Butrón y

sus hijos D. Balbino, D. Timoteo y Doña Eustaquia de Echevarría y Butrón, representada esta última por su marido D. Francisco Marcé, dedujeron demanda de interdicto de recobrar la posesión de la mina Marquesa, de la que dijeron que habían sido privados hacía días por D. Benigno Alvarez, marido de Doña Ana de Zuazo; y practicada la información testifical que ofrecieron, dictó el Juzgado de Valmaseda auto restitutorio en 6 del siguiente mes de Noviembre:

Resultando que previo acto de conciliación sin avenencia, celebrado en 25 de Enero de 1881, dedujeron en 12 de Febrero siguiente Doña Gabina de Zuazo y Allende y Doña Ana y Doña Crisóstoma de Zuazo y Nicolán la demanda que ha dado rigen á este pleito con la solicitud de que en virtud de la acción real correspondiente que ejercitaban se declarase en definitiva que la tercera parte de la mina de hierro Marquesa les pertenecía en pleno dominio en unión de su hermano D. Dámaso en concepto de heredero abintestato de su difunto padre D. Ramón, uno de los tres concesionarios de dicha mina; dejando sin efecto el auto dictado en el referido interdicto, con imposición á los que lo promovieron del pago de todas las costas é indemnización de daños y perjuicios y condenándoles también á entregar á los demandantes la cuarta parte de dicha mina, que detentaban injustamente, con todos los frutos y rentas que hubiese producido y debido producir, alegando al efecto que la propiedad de las concesiones mineras consiste en la que otorga el Estado á los consesionarios, que pueden trasmitirla á sus herederos por testamento ó abintestato: que su padre D. Ramón no había enajenado á nadie su derecho sobre la mina; y que en los actos de conciliación celebrados con Doña Páula Butrón y sus hijos D. Balbino, D. Timoteo y Doña Eustaquia, contra quiene se dirigía esta demanda, así como en el interdicto de recobrár, se suponían dueños de la cuarta parte de la mina por consecuencia de la enajenación que suponían que D. Ramón de Zuazo hizo de dicha cuarta parte á Doña Cecilia de la Hera:

Resultando que los demandados se opusieron á la demanda, fundados en los hechos que se dejan referidos en los antecedentes, y alegando por consecuencia de ellos que en el trascurso de 25 años D. Antolín de Echevarría, marido y padre respectivo de los demandados, y ellos mismos habían venido en quieta y pacífica posesión de la cuarta parte de la mina de que se trata, practicando las labores necesarias para su conservación, pagando el canon de superficie y explotándola sin oposición de nadie y á vista, ciencia y paciencia de D. Ramón Zuazo y de sus hijas y herederas las demandantes: que el contrato de compraventa es justo título traslativo de dominio que el que posee con buena fé y justo título durante 10 años consecutivos hallándose presente la persona ó personas que puedan tener derecho á la cosa poseída, la adquiere por prescripción: que toda acción sobre bienes raíces, sitos en Vizcaya, se prescribe entre presentes por 10 años y por 15 entre ausentes, según la ley 3ª, tít. 12, del Fuero de Vizcaya y sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 1867; y que al que entabla la acción reivindicatoria incumbe probar que le pertenece el dominio de la cosa demandada:

Resultando que durante el término de prueba se hizo uso, entre otras, por parte de los demandados de la testifical, afirmando los testigos D. Ignacio y D. Manuel de Escobal y D. José José de Menchaca que hacia el año 1849 D. Ramón Zuazo vendió á Doña Cecilia de la Hera la cuarta parte de la mina Marquesa, y repreguntados por la parte deman-

dante, dijeron los testigos Escobal que ignoraban el sitio, la hora y la fecha en que tuvo lugar aquella venta, así como las personas que se encontraron presentes, el precio en que se hizo, así como si se recibió en el acto y en qué moneda; y el testigo Menchaca que no podía contestar á la repregunta porque hacía muchos años que se verificó la venta no, pudiendo precisar por la misma razón qué personas estuvieron presentes, pero que sí le constaba que como Zuazo en aquella época ganaba poco, porque los portes de carretería estaban baratos, iba sacando cantidades de Doña Cecilia hasta que tuvo que cederle para su pago dicha parte de mina, ignorando en qué cantidad, pero debiendo advertir que le tenía oído á Zuazo que fué por unos 1.000 rs.

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos dictó sentencia en este pleito en 25 de Octubre próximo pasado, confirmatoria, con las costas, de la que había dictado el Juzgado absolviendo de la demanda á Doña Paula de Butrón y Sasia, D. Balbino, D. Timoteo y Doña Eustaquia de Echevarría y Butrón:

Resultando que acreditando con el resguardo correspondiente haber constituido el depósito de 1.000 pesetas, interpusieron recurso de casación Doña Gabina, Doña Ana y Doña Crisóstoma de Zuazo, representadas por su apoderado D. José Félix de Victoria, por considerar infringidas en dicha sentencia:

1° La regla de sana crítica de que no puede reputarse probada la celebración de un acto ó contrato para cuya existencia exijan las leyes determinadas condiciones asenciales si no se prueban suficientemente dichas condiciones, en el concepto de que se desestima la demanda en la sentencia recurrida y se declara probada la supuesta venta que Doña Paula Butrón y consortes han afirmado en el pleito que hizo D. Ramón Zuazo á Doña Cecilia de la Hera de la cuarta parte de la mina, sin haber probado dichos demandedos la concurrencia de las tres condiciones esenciales para que tal venta existiera, que son el consentimiento de enajenar, la cosa cierta objeto de la enajenación y el precio cierto también que hubiera de abonarse:

2° La otra regla de sana crítica, que dice: que el dicho de un solo testigo de ciencia propia no basta á probar la existencia legal de un acto ú obligación, y mucho menos si el testigo se muestra contradictorio y su declaración recae sobre materia tan grave como traslación del dominio de un inmueble por título de compraventa, en el concepto de que constando por la escritura de 27 de Febrero de 1881, presentada por la parte contraria, que sólo D. José de Menchaca sabía de ciencia propia lo relativo á la venta hecha por Zuazo en favor de Doña Cecilia de la Hera, siendo los Escobal testigos de referencia á personas ya fallecidas, resulta que sólo el dicho de un testigo de ciencia propia se ha tratado de probar el hecho trascendental de una venta que no consta en documento alguno ni de ninguna otra manera; resultando además que el dicho del testigo Menchaca es contradictorio, porque saber una cosa de ciencia propia equivale á decir y significa que el testigo la vió, la presenció y se impuso de ella por la observación directa del hecho á que la declaración se contrae; y al ser preguntado manifestó que ignoraba la fecha, hora y sitio en que la supuesta venta hubo de verificarle, el precio y su entrega, la forma de celebrarse el contrato, las personas que lo presenciaron, etc.; circunstancias constitutivas del hecho que dijo haber presenciado y que de haber sido así no podía ignorar:

3° La ley 46, tít. 28, Partida 3ª, y la doctrina legal establecida de

acuerdo con ella en sentencia de 23 de Mayo de 1873 y en otras muchas, en virtud de las cuales para que pase al comprador el señorío de la cosa, no es bastante qué por el vendedor se le apodere de ella si por aquél no hubiese pagado el precio ó dado fiador ó peños ó tomado plazo para pagar, en el concepto de que sin haberse probado ni intentado probar siquiera la entrega del precio, de tal suerte que hasta se ignora cuál fuese este requisito esencial para adquirir el dominio de la cosa: y en su defecto, si la venta fuese á plazo, ó si se hizo como adjudicaíión en pago, ó si se dió prenda ó fiador, se supone sin fundamento legal que pasó al dominio de la cosa á Doña Cecilia de la Hera y que se verificó legalmente su trasmisión por ésta á D. Antolín Echevarría:

Y 4° Las leyes 18 y 19, tít. 29, Partida 3ª y las sentencias de 15 de Junio de 1864, 19 Marzo de 1868, 2 de Diciembre de 1870 y otras, conforme á las cuales se necesita, según el primer extremo de la citada ley 19, el trascurso de 30 años para que por prescripción pueda ganar la cosa raíz el que la recibe de quien no ha derecho á enajenarla, según el derecho común y la ley 18 invocada, el tenedor de bienes inmuebles por 10 entre presentes y 20 entre ausentes, los puede ganar siempre que dure dicho tiempo no le inquieten ni se los demanden si los adquirió por justo título y con la buena fe de creer que el que los enajenó y el que los recibió podían hacerlo, y que el que quiere una cosa de quien no tenía derecho á enajenarla sólo puede aprovecharse de la prescripción por 20 años, en el concepto de que la primera de dichas leyes es inaplicable al caso de autos, y sin embargo se funda en ella la sentencia; y en cuanto á la segunda, porque se desestima la demanda de las recurrentes, que han probado plenamente su dominio, no obstante no haber trascurrido el lapso de 30 años que según dicha ley es necesario para adquirir el dominio de una cosa de quien no había derecho para enajenarla:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y que á ella debe estarse mientras no se acredite que con la misma se ha cometido error de derecho ó de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que la Sala sentenciadora ha declarado probado que Doña Cecilia de la Hera compró á D. Ramón de Zuazo la participación que tenía en la mina de hierro denominada Marquesa, así como las trasmisiones de dominio por que dicha participación ha pasado hasta sus actuales propietarios, y no habiéndose probado por el recurrente que en dicha apreciación se ha cometido error de derecho ó de hecho en la forma ya indicada, se cita con inoportunidad como infringidas las reglas de sana crítica y ley alegadas en los motivos 1°, 2°, y 3° del recurso:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes 18 y 19, tít. 29, Partida 3ª, que se invocan en el motivo 4° del recurso, porque no se trata del caso en que mediante el trascurso de 30 años pueda ganar la cosa raíz el que la recibe de quien no ha derecho á enajenarla, una vez que D. Ramón Zuazo era dueño de la pertenencia de la mina y tenía derecho á enajenarla á Doña Cecilia de la Hera, y en tal concepto la sentencia ha estimado la prescripción ordinaria á que se refiere la primera do las dos leyes citadas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al re-

curso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Gabina, Doña Ana y Doña Crisóstoma de Zuazo, representadas por su apoderado D. José Félix de Victoria, á quien condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito de 1.000 pesetas que han constituido, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 9 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Agosto del mismo año.)

118

Recurso de casación (*11 de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—ENTREGA DE UN LEGADO.—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Cal con D. Román Pérez (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1º *Que no infringe la ley 5ª, tít. 33 de la Partida 7ª, sino que se ajusta á su precepto, la sentencia que entiende llanamente y como suenan las palabras de una cláusula testamentaria:*

2º *Que si las condiciones impuestas por el testador para que la legataria adquiriese la propiedad de los bienes con que la dotaba fueron que contrajese matrimonio y tuviera sucesión, y estas condiciones se cumplieron, en su virtud adquirió el derecho á los bienes trasmitiéndolo á su hijo por su fallecimiento; y habiéndolo estimado así la sentencia no infringe la ley 34, tít. 9º de la Partida 6ª;*

Y 3º *Que no son de estimar los motivos de casación que se alegan haciendo supuesto de la cuestión.*

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Abril de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del Ferrol y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. Román Pérez Pazos, como padre de D. Román Pérez Cal, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con D. Manuel Cal y Vicente, vecino y propietario del Ferrol, y en su nombre el Procurador D. Manuel Martín Veña, dirigido por el Licenciado D. Aureliano Linares Rivas, sobre entrega de un legado:

Resultando que D. Manuel de Cal y Tuimil otorgó testamento cerrado en 22 de Octubre de 1865, por el que instituyó heredero universal de todos sus bienes á su hijo D. Manuel Cal y Vicente, consignando entre otras la cláusula que dice así: Profesando particular aprecio á una niña llamada María del Carmen, que habita y cría mi hermana Doña Bernarda Cal, ordeno á mi hijo, é ínterin no llegue á la mayor edad, á sus tutores y curadores, que del producto de dichos bienes é ínterin la María esté en compañía de mi hermana, le pase para su educación, manutención y vestido la cantidad de 600 rs. mensuales, é ínterin no llega á la mayor edad ó tomar estado. Caso de que la dicha mi hermana falleciese y mi hijo se hallase en disposición de llevar á vivir en su compañía á la expresada niña, le encargo mucho la quiera bien y la tenga en su compañía con la mayor atención y respeto: esto llevándose bien puede convenir á ambos, pues mi hijo encontrará en Mariquita una persona agradecida, y Mariquita en mi hijo un padre que la apoye y ampare. Caso que alguno de ellos no conviniese vivir en compañía del otro, podrá hacerlo con mi hermano ó cualquiera de los tutores, curadores ó hermanas. Encargo á mi hijo y sus curadores y á los de aquélla que presten toda su protección á la Mariquita, que la mi-

ren con interés y cariño, y si llega el caso de tomar estado la auxilien con su amistad y buenos consejos en la elección de esposo; y á Mariquita le encargo que trate siempre de llevarse bien con mi hijo y seguir sus consejos aun en elección de esposo, y no dudo que casándose la Mariquita con persona que sea del agrado de éste, la dotará convenientemente para que pueda tomar estado ventajosamente. Dejo al buen criterio de mi hijo cuando llegue á su mayor edad, al aprecio y estimación que le merezca la Mariquita por su comportamiento para con él mismo, la cantidad en que guste dotarla para costear las cargas del matrimonio, señalándole como tipo mínimo de dote un capital en bienes que le rente igual suma á la que le dejo señalada para su educación y vestido. Los bienes que como escritura dotal se le entreguen á la Mariquita al contraer matrimonio serán con la precisa condición de que caso que la Mariquita muriese sin sucesión, vuelvan los bienes que se le hubiesen dado á ser propiedad de mi hijo ó nietos, ó lo que es lo mismo, una donación á la Mariquita por los días de su vida, caso de morir sin sucesión, y, en propiedad para siempre si tiene sucesión.» Y por último y para el caso de que desgraciadamente, y lo que no era de esperar falleciese su hijo antes de llegar á su mayor edad sin disponer de sus bienes y sin sucesión, era su voluntad que los heredase la Mariquita que y adejaba expresada:

Resultando que D. Manuel de Cal falleció bajo este testamento en 24 de Marzo de 1869, siendo á la sazón su hijo de 14 años de edad, puesto que nació en 12 de Noviembre de 1854:

Resultando que Doña María del Carmen contrajo matrimonio en 15 de Setiembre de 1875 con D. Román Pérez y Pazos, del cual tuvo un hijo llamado Román, que nació en 8 de Mayo de 1877, habiendo ocurrido el fallecimiento de su madre en 19 del propio mes:

Resultando que en 3 de Enero de 1880, D. Román Pérez y Pazos, en representación de su hijo D. Román dedujo contra D. Manuel Cal y Vicente la demanda objeto de este pleito para que se le condenase á entregarle en la indicada representación la porción de bienes dispuesta por vía de dote ó donación en el testamento de D. Manuel Cal y Tuimil á favor de Doña María Cal, alegando en apoyo de su pretensión que el padre del demandado había dispuesto á favor de la difunta esposa del demandante, entonces menor de edad, un legado de alimentos, consistente en 600 rs: mensuales: que asimismo constituyó en su favor para cuando llegase á la mayor edad ó contrajese matrimonio una dote cuyo importe dejó al buen criterio de su hijo, aunque señalándole como tipo mínimo un capital en bienes que rentara igual suma á la asignada para alimentos, con la precisa condición de que si moría sin sucesión volvieran los bienes mandados á ser propiedad de su citado hijo: que mientras Doña María Calvo estuvo casada con el demandante abonó el demandado los 600 rs. asignados á aquélla por vía de alimentos, pero dejando de cumplir lo dispuesto en orden á la dote: y que ocurrido el fallecimiento de Doña María del Carmen después de haber dado á luz un niño, ejercitaba el derecho del mismo en virtud de la patria potestad:

Resultando que declarada contestada la demanda y reproducidos por el demandante los fundamentos de la misma en el escrito de réplica, evacuó D. Manuel Cal y Vicente el traslado de dúplica, impugnando aquélla; y después de analizar los términos del testamento de su padre expuso que como punto de capital del debate fijaba la fecha de su nacimiento, ocurrido en 7 de Noviembre de 1854, aceptando como cierto

el matrimonio del demandante con Doña María del Carmen Cal, expósita, de padres desconocidos, y adoptada por Doña Bernarda Cal y Tuimil, viuda sin sucesión, que desde niña la recogió, crió y trataba como su hija adoptiva cediéndole su apellido en prueba de adopción, y aceptando asimismo el nacimiento del niño Román y la muerte de su madre bastando sólo fijar las fechas para deducir las consecuencias que interesaban á su oposición, aun no suponiendo nulo el legado: que verificado el matrimonio en Setiembre de 1875, hasta esa fecha según disposición del testador debía percibir lo que por alimentos dejó señalado á la expresada niña siempre que viviera en compañía de la hermana del mismo, habiéndosele abonado sin embargo hasta la muerte de aquella, según confesión del demandante: que no podía sostenerse, como éste suponía, que la cesación de alimentos implicaba la entrega del legado de dote, puesto que ésta debía tener lugar cuando D. Manuel Cal llegase á la mayor edad, en caso que quisiera dotarla para sostener las cargas del matrimonio; de modo que de existir el legado sería mixto, ó fuera para cuando D. Manuel Cal tuviera 25 años y á la vez existiera el matrimonio de Doña María del Carmen, sucesos que no habían ocurrido, puesto que cuando aquélla se casó sólo tenía el demandante 20 años, y cuando falleció después de haber dado á luz un hijo, no había cumplido 23; de modo que aun suponiendo la existencia del legado, lo cual tampoco podía defenderse, éste no era puro, porque estaba sujeto á una circunstancia que suspendía y dificultaba su cumplimiento cual era la mayor edad de D. Manuel de Cal, la existencia del matrimonio y otras causas que en su día señalaría: que si D. Manuel Cal no cumplió los 25 años hasta el 7 de Noviembre de 1879, hasta ese día no debió constituir el legado, y en este tiempo, no existiendo la legataria ni el matrimonio cuyas cargas había de soportar, se tenía por extinguido el derecho á la percepción de aquél, mucho más cuando no constaba que se hiciera con el beneplácito del menor, en cuyo caso no dudaba el testador que su hijo la dotaría convenientemente, pues en otro dejaba á su arbitrio, según el compartimiento de la María del Carmen fijar ó no la dote; y que por la forma de constituir el legado, era nulo desde su origen por contrario á las leyes, en atención á las limitaciones impuestas al mismo y á dejarlo á la voluntad del heredero, lo cual no era admisible, puesto que nadie podía poner en arbitrio ajeno la disposición de sus bienes:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña dictó en 27 de Octubre de 1882, sentencia revocatoria, condenando á D. Manuel de Cal y Vicente á entregar á D. Ramón Pérez y Pazos, en representación de su hijo menor D. Ramón Pérez y Cal, la porción de bienes dispuesta por el testador D. Manuel de Cal y Tuimil á favor de Doña María del Carmen Cal en clase de dote, ó fuera un capital en bienes que rentase la cantidad de 600 rs. mensuales, tipo mínimo señalado por el donante en su testamento, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Manuel de Cal y Vicente interpuso recurso de casación, y sosteniendo que el legado era condicional y potestativo con respecto al heredero, pero que cumplidas las condiciones y constando con que el heredero llegase á dotar, el tipo mínimo era el señalado en el testamento; pero sin que esto constituyera un legado aparte, ni siquiera que fuera una cantidad fija que en todo caso hubiera de entregarse, sino solamente una limitación puesta al heredero para el caso de que se constituyera y entregara el legado, citó como infringidos:

1º La ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, en cuanto se interpretaban las palabras del testador de una manera violenta y dándolas otro sentido que el gramatical y lógico que en sí mismas encerraban, sin que ningún hecho demostrase que la intención estuviera en disonancia con las palabras;

Y 2º La ley 34, tít. 9º, Partida 6ª, que declara la caducidad del legado hecha con condición suspensiva, si el legatario falleciese antes de cumplirse aquella, sin que los herederos puedan reclamar cosa alguna, toda vez que el dominio pasa al del testador, porque Doña María del Carmen falleció antes que D. Manuel de Cal y Vicente llegase á la mayor edad, y la sentencia reconocía derecho en el heredero de la legataria para reclamar la demanda, imponiendo al recurrente la obligación de entregarla:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que la sentencia recurrida, lejos de infringir la ley 5ª, tít. 33 de la Partida 7ª en el concepto alegado en el primer motivo del recurso, se ajusta á un precepto, puesto que entendidas llanamente y como suenan, según ordena dicha ley, las palabras de la cláusula testamentaria objeto del pleito, aparece claramente que la voluntad del testador fué la de dotar á Doña María del Carmen Cal para costear lás cargas del matrimonio con un capital en bienes que le rentase por lo menos ó como tipo mínimo igual suma á la de 600 rs. mensuales que he dejaba señalada para su educación y vestido, y que esos bienes se le entregasen al contraer matrimonio, dejando solamente al criterio de su hijo y heredero, cuando llegase á su mayor edad, la cantidad con que gustase dotarla, aparte de la señalada por el testador, según el aprecio y estimación que aquella le mereciese por su comportamiento para con el mismo; y no pudiéndose entender en otra manera la voluntad del testador, es infundado suponer, como lo hace el recurrente, que el legado á cuyo pago condena la sentencia es condicional y potestativo con respecto al heredero, pues ni pende de la voluntad de éste, ni está sujeto á la condición de que el mismo llegara á la mayor edad:

Considerando que las condiciones impuestas por el testador para que la Doña María Cal adquiriese la propiedad de los bienes con que la dotaba, fueron que contrajese matrimonio y tuviera sucesión, cuyas condiciones se cumplieron, y en su virtud adquirió el derecho á los bienes trasmitiéndolo á su hijo por su fallecimiento; y habiéndolo estimado así la sentencia al condenar al recurrente á que entregue dichos bienes al hijo de aquella, no infringe la ley 34, tít, 9º de la Partida 6ª, que se cita en el tercer motivo, con el vicio además de hacer supuesto de la cuestión, toda vez que es inexacto que el legatario falleciese antes de cumplirse la condición.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel de Cal y Vicente, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 11 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Agosto del mismo año.)

119

Recurso de casación (12 *de Abril de* 1883).—*Sala tercera.*—RENDICIÓN DE CUENTAS.—No se admite el interpuesto por D. Francisco Javier San Juan con D. Juan Fernández (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

1º *Que según los artículos* 1689 *y* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil, se da recurso de casación contra las sentencias definitivas y autos que resolviendo incidentes ponen término al juicio y hacen imposible su continuación, cuando por razón de la materia haya habido abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo de asunto que no sea de la competencia judicial, ó dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo;*

Y 2º *Que si el recurso interpuesto no está fundado en las circunstancias que expresa el caso* 6º *del citado artículo* 1692, *no puede progresar ni ser admitido en el concepto de haberse infringido ley ó doctrina legal.*

Resultaudo que D. Francisco Javier San Juan dedujo demanda civil ordinaria en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Román de Sevilla contra D. Juan Fernández Buiza sobre rendición de cuentas; y habiendo acudido el demandado al Juez de igual clase de Carmona proponiendo la inhibitoria de jurisdicción, se dirigió por este Juzgado al de San Román de Sevilla oficio inhibitorio, y por auto de 19 de Junio próximo pasado, que fué confirmado por la Sala de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad en 12 de Octubre último, se inhibió el Juez de San Román del conocimiento de la demanda interpuesta en favor del de Carmona, á quien mandó á su tiempo se remitieran las actuaciones:

Resultando que contra dicho auto se ha interpuesto por D. Francisco Javier San Juan recurso de casación por infracción de ley, expresando que se halla comprendido en el núm. 1º del art. 1692 de la ley de Eejuiciamiento civil por contener el fallo recurrido violación, interpretación errónea y aplicación indebida de las leyes y doctrinas legales aplicables al caso, que cita después como infringidas en cinco motivos de casación separados:

Resultando que comunicados los autos al Ministerio fiscal, se opuso á la admisión del recurso interpuesto:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que según los artículos 1689 y 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, se da recurso de casación contra las sentencias definitivas y autos que resolviendo incidentes ponen término al juicio, y hacen imposible su continuación, cuando por razón de la materia haya habido abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo del asunto que no sea de la competencia judicial, ó dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo:

Considerando que el recurso de casación interpuesto por D. Francisco Javier San Juan no está fundado en las circunstancias que expresa el caso 6º del artículo citado 1692, y por consiguiente no puede progresar ni ser admitido en los conceptos de haberse infringido la ley ó doctrina legal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Francisco Javier San Juan, á quien se condena

al pago de las costas: líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido; y publíquese este auto en la *Gaceta* y en la *Colección legislativa* pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada el 12 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Agosto del mismo año.)

120

Recurso de casación (13 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—Declaración de heredero.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco de Paula Melendro con D. Francisco Alvarez Zamora (Audiencia de Granada), y se resuelve:

1º *Que atendidos los términos de la cláusula testamentaria en virtud de la cual se instituyeron unos hermanos mutuamente herederos, ordenando que fallecido el último de ellos, de los bienes que quedaran fuera una tercera parte para una persona, y si ésta falleciese sin sucesión los que no hubiese consumido de la herencia pasaran á otra y sus hijos; desde luego se comprende que respecto á esta tercera parte de bienes quedó establecida una sustitución vulgar tácita, porque á no ser así, las palabras «si ésta falleciere sin sucesión» carecerían de sentido, no llegando á determinarse el distinto que se hubiera de dar á dicha porción hereditaria si aquélla muriese con hijos, lo que no debe suponerse en el ánimo de los testadores, con tanto mayor motivo cuanto que por la serie de instituciones de heredero que hicieron con carácter recíproco y las sustituciones que establecieron demostraron claramente que su voluntad no fué morir intestados, ni aun con relación á dicha parte de herencia, la cual de ningún modo podría pasar al segundo instituído y sus hijos, no realizándose la condición de que la primera muriese sin descendientes:*

2º *Que al estimarlo así la sentencia recurrida, no infringe la ley* 1ª, *tít.* 5º, *Partida* 6ª, *toda vez que ésta se limita á definir la sustitución y explicar sus diferentes clases, ni la* 2ª *del mismo título y Partida invocada haciendo supuesto de la cuestión litigiosa al afirmar que dicha cláusula no contiene la institución vulgar tácita que autoriza dicha ley:*

3º *Que por la misma razón es inaplicable y no ha podido infringirse la doctrina legal, según la cual no debe interpretarse la voluntad del testador de una manera que vaya más allá de lo que expresa la letra de su disposición, que debe entenderse y cumplirse en los mismos términos que la manifestó, sin que pueda suplirse ni ampliarse ni entenderse de otro modo que llanamente como suena; ni la regla de interpretación según la que para interpretar rectamente una cláusula no han de apreciarse aisladamente sus diferentes disposiciones sin compararlas entre sí, porque el concepto oscuro ó dudoso que se supone en dicha cláusula se concreta á ella misma y no puede explicarse por las demás;*

Y 4º *Que la infracción que se refiere á los considerandos de la sentencia impugnada, no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.*

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Abril de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Úbeda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Francisco Alvarez Zamora, en representación de sus hijos Ramón Ana y Pedro Alvarez Santa y

Juan Cástor Alvarez Santa, representados por el Procurador D. Constantino Rodero, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Roger con D. Francisco de Paula Melendro y Vargas, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, dirigido por el Licenciado D. Saturnino Alvarez Bugallal; sobre declaración de herederos:

Resultando que los hermanos D. Juan, D. Pedro, Doña Ana y Doña María Francisca Quesada Alaminos otorgaron testamento de mancomún en 13 de Setiembre de 1855, por el que en atención á no tener herederos forzosos se nombraron é instituyeron herederos los unos de los otros en plena posesión y dominio, y muerto el último de ellos, todos los bienes, hechos tres partes, serían dos de ellas para Francisco de Paula Melendro ó sus hijos y la otra tercera parte para Mariana Santa, y si ésta falleciese sin sucesión los bienes que no hubieran consumido de la herencia serían para D. Francisco de Paula Melendro ó sus hijos:

Resultando que ocurrido en 13 de Julio de 1859 y en 13 de Julio de 1862 el fallecimiento de los hermanos D. Juan y D. Pedro Quesada, sus hermanas Doña María Francisca y Doña Ana María, por escritura de 9 de Setiembre de 1864 partieron y adjudicaron los bienes hereditarios de aquéllos sin reserva ni limitación alguna, inscribiéndolos así en el Registro de la propiedad; operación que repitió en 16 de Febrero de 1867 Doña Ana María por haber fallecido su hermana Doña María Francisca en 18 de Octubre del año anterior:

Resultando que por escritura de 30 de Octubre de 1873, Doña Ana María Quesada hizo donación de cinco fincas á favor de Mariana Santa, que la aceptó, asistida de su marido D. Francisco Alvarez Zamora, expresando aquélla que procedían de la herencia que la donante hubo de sus hermanos D. Pedro y Doña Francisca:

Resultando que Doña Mariana Santa falleció en 3 de Setiembre de 1874 y Doña Ana María Quesada en 23 de Abril de 1875, habiendo otorgado un codicilo en 18 de Marzo del año anterior, en que reformó el nombramiento de contadores y partidores, autorizándoles para que judicialmente distribuyesen sus bienes con arreglo á su testamento y su codicilo:

Resultando que los contadores nombrados procedieron á practicar el inventario extrajudicial, consignando que la presencia de Francisco Alvarez Zamora no prejuzgaba cuestión alguna, ni su intervención daba ni quitaba derechos á sus hijos; y habiendo con este motivo solicitado Alvarez Zamora la prosecución del juicio voluntario de testamentaría, que fué estimada por el Juez y confirmada por la Audiencia, este Supremo Tribunal, á quien se acudió en casación, casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia, declaró que Alvarez Zamora, en representación de sus hijos, no era parte legítima para promover el juicio de testamentaría ínterin no se decidiera en la vía ordinaria que sus hijos eran herederos de Doña Ana María Quesada y Alaminos.

Resultando que en su virtud D. Francisco Alvarez Zamora, en representación de sus hijos dedujo en 13 de Marzo de 1879 la demanda objeto de estos autos, en la que ejercitando la acción mixta de petición de herencia solicitó se declarase en primer término que los menores que representaba, hijos de Mariana Santa, estaban instituídos herederos sustitutos de su madre en una tercera parte de los bienes quedados al fallecimiento de los cuatro hermanos Quesada, con arreglo al testamento de 13 de Setiembre de 1855, y que por consiguiente

eran parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría, dándolo por promovido con retroacción á la época del fallecimiento de Doña Ana María Quesada: que en segundo término y en el caso de no accederse á lo anterior se declarase que Mariana Santa dió la herencia de los tres hermanos que promovieron á la misma, adquiriendo el derecho á la tercera parte de los bienes de éstos, derecho que trasmitió á sus hijos á su fallecimiento, y por consiguiente que eran parte legítima para promover el juicio de testamentaría á los bienes quedados por dichos tres hermanos: que en todo caso y en tercer lugar se declarase que los hermanos Quesada al instituirse por herederos los unos á los otros no lo hicieron más que como meros usufructuarios, imponiéndose la obligación de conservarlos para que á la muerte del último pasasen á otros herederos; y que en cuarto lugar se declarase que no correspondiendo en ningún caso dicha tercera parte de bienes al demandado D. Francisco de P. Melendro por no haberse cumplido la condición impuesta por los testadores, su negativa á reconocer como herederos de dicha parte de bienes á los demandados era improcedente y demostraba su mala fe, condenan en su consecuencia á dicho demandado á que reconociera como tales herederos á los demandantes en la tercera parte que fueron instituídos por los cuatro testadores, con indemnización de daños y perjuicios y costas:

Resultando que D. Francisco de P. Melendro impugnó la demanda, sosteniendo que no podía suponerse que la institución de heredero hecha recíprocamente en el testamento de los hermanos Quesada fuera en usufructo cuando terminantemente decían que se instituían en plena posesión y dominio: que instituída Mariana Santa heredera de los cuatro hermanos Quesada á la muerte del último, habiendo fallecido antes dicha Mariana no tenía capacidad legal para heredar y no pudo trasmitir á sus hijos el derecho de que carecía: que entre la institución de Francisco Melendro y la de Mariana Santa estableciase una gran diferencia, pues mientras los hijos del primero estaban llamados expresamente, no los de la segunda ni tácitamente:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada dictó en 16 de Mayo de 1882 sentencia revocatoria, declarando que los hijos de Mariana Santa están instituídos herederos sustitutos de su madre en una tercera parte de los bienes quedados al fallecimiento del último de los hermanos D. Juan, D. Pedro, Doña María Francisca y Doña Ana María Quesada, y que por consiguiente eran parte legítima para proponer el juicio voluntario de testamentaría con retroacción á la época del fallecimiento de Doña Ana María Quesada, absolviendo de la demanda á D. Francisco P. Melendro en cuanto se solicitaba que se declarase en todo caso que los referidos hermanos Quesada se instituyeron herederos usufructuarios, así como del extremo referente á la reclamación de indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que D. Francisco de P. Melendro interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 1ª, tít. 5° de la Partida 6ª, que define el verdadero sustituto, pues no estableciendo en el testamento los hermanos Quesada después de la institución de heredero hecha en favor de Mariana Santa ningún llamamiento de heredero en favor de sus hijos, no podían éstos reputarse instituídos como sustitutos de aquéllos:

2° La jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, contenida,

entre otros fallos, en los de 11 de Octubre de 1854, 17 de Febrero de 1858, 23 de Abril de 1864, 17 de Marzo de 1865 y 12 de Octubre de 1866, según la cual no debe interpretarse la voluntad del testador de una manera que vaya más allá de lo que expresa la letra de su disposición, que debe entenderse y cumplirse en los mismos términos que la manifestó, sin que pueda suplirse ni ampliarse ni entenderse de otro modo que llanamente como suena, pues el análisis gramatical de la cláusula en cuestión enseñaba que los hijos de Mariana Santa no estaban directa ni indirectamente instituídos herederos de los hermanos Quesada:

3º La regla de interpretación contenida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1863, según la cual para la recta interpretación de una cláusula no han de apreciarse aisladamente sus diferentes disposiciones sin compararse entre sí, pues la cláusula establecía una sustitución vulgar indiscutible en favor de los hijos de Melendro, y lo mismo en la primera que en la segunda parte del período, es lo evidente que en lo que había dado origen al litigio se hacía en favor de aquéllos un llamamiento en regla:

4º La ley 1ª, tít. 4º, Partida 4ª, que define la condición y su oficio, en cuanto la sentencia consideraba que al establecer los hermanos Quesada que fallecido el último, de los bienes que quedasen fuese una tercera parte para Mariana Santa, y que si ésta falleciera sin sucesión los que no hubiese consumido pasaran á Francisco Melendro y sus hijos, se previno y estableció una condición, que cumplida, era la negación más terminante de derecho á suceder el Melendro y sus hijos; negación que necesariamente se convertía en una afirmación de los derechos hereditarios de los demandantes, porque en consideración y respeto á ellos se privaba de la herencia á los demandados, pues el efecto de la condición era la dicha ley, con arreglo á la cual, habiendo muerto Mariana Santa con sucesión, no heredaban Melendro ni sus hijos la parte de ella;

Y 5º La ley 2ª, tít. 5º de la Patida 6ª, que define la sustitución vulgar tácita, toda vez que la sentencia declaraba actores á Juan Cástor, Ramón, Ana y Pedro Alvarez Santa, como herederos sustitutos tácitos de su madre Mariana Santa, siendo así que en el testamento de los hermanos Quesada, no sólo no estaban nombrados, sino que ni siquiera había en favor en ellos llamamiento de heredero:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que atendidos los términos de la cláusula testametaria en virtud de la cual los hermanos Quesada se instituyeron mutuamente herederos, ordenando que fallecido el último de ellos, de los bienes que quedaran fueran una tercera parte para Mariana Santa, y si ésta falleciese sin sucesión los que no hubiese consumido de la herencia pasaran á Francisco Melendro y sus hijos, desde luego se comprende que respecto á esta tercera parte de bienes quedó establecida una sustitución vulgar tácita, porque á no ser así, las palabras «si ésta falleciere sin sucesión» carecerían de sentido, no llegando á determinarse el distinto que se hubiera de dar á dicha porción hereditaria si aquella muriese con hijos, que es el caso ocurrido, lo que no debe suponerse en el ánimo de los testadores, con tanto mayor motivo cuanto que por la serie de instituciones de heredero que hicieran con carácter recíproco y las sustituciones que establecieron demostraron claramente que su voluntad no fué morir intestados, ni aun con relación á dicha

parte de herencia, la cual de ningún modo podría pasar á Francisco Melendro y sus hijos, no realizándose la condición de que Mariana Santa muriese sin descendientes:

Considerando que fijada así la verdadera inteligencia de la mencionada cláusula, es indudable que el derecho de los demandantes nace directamente del testamento de los hermanos Quesada, debiendo por lo tanto considerarse subsistente aunque la madre de aquéllos á causa de su muerte no llegara á entrar en el dominio y posesión de los bienes objeto de este pleito; y que al estimarlo así la sentencia recurrida, no infringe la ley 1ª, tít. 5°, Partida 6ª, citada en el primer motivo toda vez que ésta se limita á definir la sustitución y explicar sus diferentes clases, ni la segunda del mismo título y Partida, que se invoca en el quinto fundamento, porque en él se hace supuesto de la cuestión litigiosa, afirmándose que la repetida cláusula testamentaria no contiene la institución vulgar tácita que autoriza la misma ley contra lo que anteriormente queda consignado:

Considerando que por la misma razón es inaplicable y no ha podido infringir el fallo recurrido la doctrina legal á que se refiere el segundo motivo, ni la regla de interpretación de que se hace mérito en el tercero, porque el concepto oscuro ó dudoso que se supone en dicha cláusula se concreta á ella misma y no puede explicarse por las demás:

Considerando, por último, que la infracción alegada en cuarto lugar se refiere á los considerandos de la sentencia impugnada, lo que no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado reiteradamente este Tribunal Supremo;

Fallamos que debemos declaaar y declaramos no haber luhar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco de Paula Melendro y Vargas, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publeada el 13 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Agosto del mismo año.)

121

Recurso de casación (13 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*— APROVECHAMIENTO DE AGUAS.—Ha lugar al interpuesto por D. José Tomás Pardo con D. Pascual García Flores (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

1° *Que si combinada la absolución de la demanda con la de la reconvención y explicadas una y otra por los razonamientos que el fallo contiene, se ve claramente que están resueltas todas las cuestiones del juicio, y que la Sala sentenciadora tiene por justificada y declara constituída la servidumbre de acueducto en virtud de asentimiento de las partes, así como en sentido opuesto juzga no haberse probado que ese convenio se celebrara con la condición de limitar el riego del demandado, á quien se reconoce el derecho de aprovechar las aguas nuevamente alumbradas, ya corran solas, ya mezcladas con las antiguas; no infringe la sentencia la ley* 1ª, *tít.* 1°, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación; doctrina legal, según la que la voluntad de los contratantes es la ley del contrato y su quebrantamiento equivale á una infracción legal, que determina necesariamente la casación de la sentencia contraria á lo convenido; la ley* 14, *tít.* 31 *de la Partida* 3ª *y el art.* 359 *de la ley de Enjuiciamiento civil;*

Y 2° Que si el demandado fué también apelante en cuanto á la absolución de la demanda de reconvención, al no condenarle en las costas de la segunda instancia, en esta parte, se infringe la ley 2ª, tít 19, libro 11 de la Novísima Recopilación y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en consonancia con ella.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Abril de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Villena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. José Tomás Pardo, por sí y como Presidente de la comunidad de regantes titulada *La Amistad*, representado por el Procurador D. Juan Pascual García, bajo la dirección del Licenciado D. José María Cremades, con D. Pascual García Flores, y en su nombre el Procurador D. Antonio Arana y Morayta, dirigido en el acto de la vista por el Abogado D. Juan Ramón García Flores, sobre aprovechamiento de aguas:

Resultando que por medio de un acta que autorizaron tres testigos, fechada á 7 de Junio de 1877, D. José Tomás Pardo y otros 13 propietarios dijeron que poseían varios terrenos en la partida del Campo que se regaban por la acequia de este nombre, y habiendo disminuído las aguas á consecuencia de la sequía, determinaron iluminar otras en terrenos superiores, de la pertenencia de varios de ellos, para aumentar el caudal de las antiguas y hacer más frecuentes los riegos; y que al efecto formaban Sociedad privada en comunidad de derechos, con el caracter de perpetua, que se llamaría la Amistad, estableciendo las bases para la ejecución de las obras, distribución de acciones, forma de riegos y nombramiento de Junta administrativa, de la cual fué elegido Presidente D. José Tomás Pardo:

Resultando que en 31 de Marzo de 1879, D. Pascual García Flores, dueño de un bancal de seis tahullas en el partido del Campo, término de Villena, con derecho á regarlo de inmemorial por el sitio de la Canal, y en posesión por más de año y día de fertilizarlo con las aguas antiguas y de posteriores alumbramientos de manantiales de terreno superiores afluentes á la acequia que servía de acueducto, dedujo interdicto de recobrar la indicada posesión, de la cual había sido despojado su arrendatario D. José Millán por orden de D. José Tomás Pardo, Presidente de cierta colectividad de propietarios asociados, que mandó al regador que levantase la tablilla del partidor; y suministrada información y dada fianza, dictó sentencia el Juez en 28 de Abril de dicho año, que fué consentida por las partes, mandando restituir á Flores en la posesión de las aguas de cuyo aprovechamiento había sido privado por Pardo, á quien se condenó en las costas, con reserva de su derecho, habiéndose llevado á efecto el reintegro en el mismo día:

Resultando que á su vez D. José Tomás Pardo dedujo en 9 de Junio de dicho año interdicto restitutorio contra D. Pascual García Flores, porque hacía más de 20 meses que tenía derecho á regar un bancal con las aguas alumbradas por la asociación titulada La Amistad, utilizando la acequia llamada del Campo, y á impedir que con estas aguas nuevas regase García á no reunirlas con las antiguas, con las que regaba de inmemorial, pero no con las nuevas solamente, que pertenecían á la asociación y de las que le había despojado el colono de aquél D. José Millán; y suministrada también información y fianza, por sentencia de 30 de Junio se dió lugar al interdicto, mandando que fuese restituído Pardo en la posesión del derecho y aprovechamiento en el bancal indicado

de las aguas que la comunidad de regantes La Amistad había alumbrado en la partida del Campo, condenando al despojante á la indemnización de perjuicios y costas, con reserva de su derecho, habiéndose ejecutado el reintegro en el siguiente día:

Resultando que en 1° de Setiembre del repetido año 1879, D. José Tomás Pardo dedujo la demanda objeto de este pleito, alegando que en unión de los demás propietarios de la partida del Campo que figuraban en el documento privado de que se ha hecho mérito, creyeron conveniente iluminar ciertas aguas en terrenos propios de algunos de ellos y aumentar el caudal de las antiguas que corrían por la acequia denominada del Campo, constituyendo la Sociedad particular titulada la Amistad, que se hizo después extensiva á otros individuos: que verificado el alumbramiento y construída la nota núm. 2, y cauce núm. 3 que figuraban en el croquis acompañado á la demanda, convino Pardo con Don Joaquín y Doña Patrocinio Mergelina y con D. José Milán, arrendatario y apoderado de D. Pascual García Flores, en que las aguas de nuevo alumbramiento marcharían desde la mota de la Amistad á la acequia del Campo, por donde discurrían' á condición de que Mergelina y García Flores regarían con ellas los tres bancales que se designaban en el croquis cuando lo tuvieran por conveniente, sin sujeción á tanda ó turno, siempre y cuando con dichas aguas nuevas corrieran unidas las de la mota antigua del Marqués, ó fueran las que de inmemorial venían fertilizando los campos de los tres indicados: que en Julio ó Agosto del citado año 1879 ingresaron las aguas nuevas por el partidor núm. 6 en el cauce del Campo, y con éstas unidas á las de la mota del Marqués regaron Flores y los hermanos Mergelina, aprovechándolas también Pardo y demás consocios para regar las tierras que poseían en la parte inferior del partidor núm. 7, y Pardo especialmente para un bancal de 12 tahullas, sin haber sufrido interrupción alguna: que en 18 de Marzo de 1879, José Milán, arrendatario de García Flores, colocó en el partidor núm. 7 la tablilla de contención para regar con las aguas solas de la mota de la Amistad que corrían por la acequia del Compo al bancal de Flores, faltando á lo pactado, por lo cual el demandante, en uso de su derecho ordenó al regador de la comunidad que levantase la tablilla colocada por Milán y continuara regando con las aguas nuevas los bancales de los socios que se hallaban en turno, como lo efectuó, dando lugar este hecho al interdicto que García Flores promovió y que se sustanció sin audiencia del despojante: que el hecho que le sirvió de base no era cierto en absoluto, puesto que en el cauce donde mandó quitar la tablilla del partidor no había depósito alguno de las aguas procedentes de la mota del Marqués ni tampoco de las nuevas de la Amistad, concretando los testigos sus manifestaciones al uso por parte de García Flores de las aguas antiguas por espacio de ocho años, y no de las nuevas, que sólo contaban 19 ó 20 meses; y deduciendo como fundamentos legales que para que se repute perfeccionado un contrato no es necesario el asentimiento expreso del que se obliga, bastando el tácito y aun el presunto por actos posteriores: que uno de los modos de constituirse las servidumbres era el consentimiento de las partes, bastando un contrato privado: que por tanto García Flores, en virtud del que contrajo su sobrino Milán con el demandante, en su nombre y en el de los condueños de las aguas nuevas de la Amistad, constituyó sobre el trozo de acequia del Campo, que le pertenecía en común con los de Mergelina, la servidumbre de dar paso a dichas aguas nuevas, no

pudiendo regar con ellas á no ser que corriesen unidas con las viejas de la mota del Marqués: que terminado un interdicto de recobrar podía seguirse juicio ordinario sobre lo mismo, y que por su misma naturaleza el querellante debía pagar las costas, daños y perjuicios ocasionados cuando el llamado despojante conseguía por ejecutoria el derecho de que fué privado; y haciendo uso de la acción real confesoria de servidumbre de acueducto y de la personal que nacía del contrato, pidió se declarase que el demandante y los demás que componían la comunidad de regantes La Amistad tenían el derecho de conducir hasta sus fincas las aguas que habían alumbrado en la partida del Campo por la acequia de este nombre en su trayecto desde la parte inferior de la mota del Marqués hasta el partidor de dicha acequia, por donde tomaban otras aguas que circulaban por el mismo cauce D. Pascual García Flores y D. Joaquín y Doña Patrocinio Mergelina, y son las que regaban tres bancales que respectivamente poseían en el sitio de la Canal: que Don Pascual García no podía aprovechar las aguas nuevas de La Amistad en el riego de su bancal sino en el caso de que corrieran unidas con ellas las antiguas de la mota del Marqués: que el hecho que dió lugar al interdicto fué perfectamente legal por parte de D. José Tomás, y por lo tanto, que se dejara sin efecto la sentencia recaida en el mismo, condenando á D. Pascual García Flores á que en lo sucesivo no impidiere que las aguas nuevas de La Amistad ingresasen en la acequia del Campo por la parte inferior de la mota del Marqués ni pusiera ningún obstáculo á Pardo para que por dicha acequia regara sus propiedades y las de los demás socios cuando discurrieran solas las citadas aguas nuevas, y á que le indemnizase de los daños y perjuicios que hubiera podido irrogarle con ocasión del interdicto, imponiéndole las costas de éste y las del presente juicio:

Resultando que contestando á la demanda D. Pascual García Flores, expuso que era dueño de dos bancales de la Partida del Campo de cuatro y seis tahullas respectivamente, los cuales eran de huerta desde tiempo inmemorial, regándose el primero con el partidor que existía donde hoy estaba la mota del Marqués, núm. 1º del croquis, y el segunno con el partidor núm. 7 con las aguas que llegaban, cerrándolo con su tablilla: que en 1867, el demandante y otros iluminaron ciertas aguas que sin permiso ni concesión del demandado echaron en la acequia núm. 8 por la abertura ó partidor núm. 6, por donde pasaban algunas veces, y otras quedaban detenidas en la mota núm. 2 de La Amistad: que José Milán; arrendatario del bancal núm. 10, había utilizado estas aguas cuando llegaban al partidor núm. 7, deteniéndolas y regando con ellas, lo miemo si marchaban solas que si iban unidas con las antiguas; y habiéndole propuesto Pardo un arreglo sobre el uso de dichas aguas en aquel partidor, siempre le contestó que era cosa de su tío, con quien podía entenderse: que siendo Flores vecino de Alpera y no habiendo estado en muchos años es sus tierras del Campo, no vió que las aguas de la Amistad entraran en la acequia núm. 8, ni sabía que sobre su aprovechamiento existieran convenios con los Mergelina ni él había tratado con nadie sobre el particular: que aunque Pardo una sola vez, á principios de 1879, le indicó que podían hacer un arreglo sobre el partidor núm. 7 y aprovechamiento de las aguas, le contestó que tenía derechos antiguos, que utilizaba como juzgaba conveniente, y en su virtud Milán continuó aprovechando las aguas nuevas, solas y mezcladas con las antiguas, por el expresado partidor: que

necesitando regar, echó la tablilla, que mandó levantar Pardo, por lo cual entabló el interdicto de recobrar, que fué estimado: que D. José Tomás Pardo, en vez de utilizar el juicio ordinario para el que se reservó su derecho, esperó á que Milán, en uso á la posesión reintegrada regase el bancal el 4 de Junio, con las aguas que llegaban al partidor, y en el día 6 presentó un interdicto de recobrar, en virtud del cual se le restituyó en la posesión del derecho y aprovechamiento de las aguas de La Amistad, concenando á Milán en las costas, daños y perjuicios: que en virtud de este fallo quedó privado García Flores de las aguas nuevas, solas ó unidas á las antiguas, para regar un bancal por el partidor núm. 7, como lo venía practicando desde que las aguas de La Amistad entraban en la acequia del Campo, sin contar para ello con D. Pascual: que aunque el reintegro obtenido per Pardo le aseguraba el lbre uso de las aguas nuevas poa la acequia del Campo y su aprovechamiento en el bancal que allí poseía con exclusión de D. Pascual, había entablado la demanda para que se le condenase á no impedir que Pardo regase por dicha acequia sus propiedades cuando discurrían solas las aguas nuevas, y pagara las costas, daños y perjuicios del interdicto, dejando sin efecto la sentencia que lo terminó, pidiendo cabalmente lo que había conseguido por sentencia referida de 30 do Junio, por lo cual el demandado ejercitaba la reconvención por acción real negatoria y de dominio y personal de daños indebidos: que no había tenido lugar ninguno de los medios establecidos por la ley para constituir servidumbre, pues el contrato á que Pardo se refería había tenido lugar con los condueños Mergelina, pero no con el demandado, cuya intervención era necesaria: que la imposición de servidumbre de acueducto era cuestión gubernativa por ser los riegos de interés colectivo y de utilidad pública, estando encomendada su constitución á los Gobernadores civiles, á cuya Autoridad no había acudido Pardo: que además no hubiera podido conseguirlo, porque según la ley de aguas la servidumbre de acueducto no podía tener lugar por dentro de otro preexistente: que según la misma ley, al salir las aguas del predio en que han sido iluminadas y penetrar en otros de propiedad particular, las adquirirían los dueños de éstas para su aprovechamiento eventual, de modo que tan pronto como penetraron en el trozo de cauce número 8, desde la casa núm. 1 al partidor núm. 7, se hacían de su pertenencia para el riego eventual del bancal núm. 10: que después de un interdicto de recobrar no cabía otro que lo dejara sin efecto, porque sería proceder á lo infinito; y en virtud de todo, terminó suplicando que se declarase que la acequia del Campo no debía á las aguas de La Amistad la servidumbre de acueducto, teniendo el derecho de regar con las que pasaran por el partidor núm. 7, y en su consecuencia improcedente el interdicto de recobrar instado por Pardo, dejando sin efecto la sentencia de reintegro dictada en 30 de Junio, y condenando á aquél en las costas satisfechas por el mismo, daños y perjuicios originados, y en las de este pleito:

Resultando que el demandante replicó respecto á la reconvención que en la sentencia del primer interdicto sólo se le prohibió dificultar á García Flores en el riego de sus fincas con las aguas antiguas, reintegro que nada tenía que ver con el derecho que le asistía por virtud del contrato celebrado con aquél de impedir que regase con las aguas nuevas de La Amistad: que García Flores aceptó lo convenido con su sobrino D. José Milán, pues éste tenía poderes ilimitados de aquél pa-

ra celebrar en su nombre toda clase de contratos sobre las fincas que tenía en aquella ciudad, y que con arreglo á ellos y á las instrucciones recibidas del mismo había obrado D José Milán:

Resultando que suministrada prueba por las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 23 de Setiembre de 1881, absolviendo de la demanda á D. Pascual García Flores, y declarando en su consecuencia no haber lugar á dejar sin efecto la sentencia de 28 de Abril de 1879 recaída en el interdicto, y asimismo declaró no haber lugar á la reconvención formulada por D. Pascual García Flores en aquel juicio, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José Tomás Pardo interpuso apelación de esta sentencia, y con noticia de que de ella tuvo D. Pascual García Flores, se adhirió al recurso en cuanto se desestimaba la reconvención y se omitía la condena de costas, teniéndosele por adherido; habiéndolo hecho de nuevo al comunicársele los autos para instrucción en la Audiencia de Valencia, la cual, sustanciada la instancia, dictó sentencia en 10 de Octubre de 1882 confirmando, con las costas, la apelada:

Resultando que D. José Tomás Pardo, por sí y como Presidente de la comunidad de regantes titulada La Amistad, interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° Al absolver á D. Pascual García Flores de la demanda dirigida en primer término á que se declarase por los demandantes tenían el derecho de conducir sus aguas de nuevo alumbramiento por la acequia llamada del Campo, la ley del contrato ó convenio verbal en que se constituyó la expresada servidumbre de acueducto; la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 19 de Abril de 1859 y 8 de Marzo y 12 de Diciembre de 1861, según la que la voluntad de los contratantes es la ley del contrato, y su quebrantamiento equivale á una infracción legal, que determina necesariamente la casación de la sentencia contraria á lo convenido; pues en fallo recurrido en el tercero y quinto de sus considerandos estimaba que aquella servidumbre la constituyeron y aceptaron los dueños de la acequia del Campo por medio de un contrato ó convenio verbal que era la ley para los contratantes, y que uno de éstos fué D. Pascual García Flores, sin embargo de lo cual se absolvía á éste de la demanda:

2° Por el mismo concepto la ley 14, tít. 31 de la Partida 3ª que determina los modos por los que puede ser puesta la servidumbre, toda vez que á pesar de declararse en el fundamento 5° de la sentencia que la servidumbre cuyo reconocimiento pretendía el demandante fué constituída por el primero de los medios que establecía dicha ley, absolvía sin embargo á D. Pascual García Flores de la demanda que en primer término aparecía, dirigida á declarar que los demandantes tenían el derecho de conducir por la acequia llamada del Campo las aguas alumbradas por dicha comunidad de regantes:

3° El art. 359 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, por que la sentencia recurrida no era clara ni precisa, toda vez que aparte de la contradicción que se advertía entre sus fundamentos y su parte dispositiva por el hecho de absolver al demandado de la demanda y al actor de la reconvención, acusaba otra contradicción más peligrosa, puesto que por el primero de estos pronunciamientos negaba la existencia de la servidumbre y afirmaba el derecho de D. Pascual García Flores á regar con las aguas de La Amistad siempre que solas ó unidas

con las antiguas de la mota del Marqués discurrieran por la acequia del Campo, mientras que por el segundo afirmaba la existencia de la servidumbre pretendida por el demandante y negaba á García Flores el derecho de regar con las aguas de La Amistad, omitía las declaraciones que en consecuencia con las apreciaciones de estimar probado el contrato é improbada la restitución impuesta á García Flores respecto del aprovechamiento de las aguas venía obligado á hacer, y por último no hacía con la debida separación el pronunciamiento correspondiente á cada uno de los siete puntos litigiosos que se plantearon en los escritos de demanda y contestación, dejándolos en su totalidad ó por lo menos en su mayor parte sin resolver dada la evidente contradicción que resultaba de las dos fórmulas generales empleadas en la redacción de fallo recurrido:

4º Al condenar al recurrente en las costas de la segunda instancia, la ley 2ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilacón, que se aplicaba indebidamente, puesto que se estimaba que García Flores consintió la sentencia de primera instancia, lo cual era inexacto, puesto que aparecía que se adhirió ante el Juzgado á la apelación interpuesta, reiterando su adhesión ante el Tribunal superior, y los artículos 844 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil y 857 de la nueva, con arreglo á los cuales no cabía dudar que García Flores fué en realidad un apelante que provocó la segunda instancia, lo mismo que Pardo, y que la hubiera también provocado aun en el caso de que el recurrente hubiera consentido la sentencia del inferior:

5º La doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de Noviembre de 1876, que declara que se infringe la ley 2ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, al condenar en todas las costas de segunda instancia al demandante cuando medió la adhesión del demandado á la apelación interpuesta por aquél, en razón á que aun en el improbable supuesto de que no procediera considerar á García Flores como verdadero apelante por virtud de los fundamentos y disposiciones citadas en el anterior motivo, siempre vendría á resultar quo ante el Juzgado y ante la Audiencia se había adherido ante la apelación interpuesta, á pesar de lo cual se condenaba á Pardo en todas las costas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que el fallo no infringe las leyes y doctrina mencionadas en los tres primeros motivos, porque combinada la absolución de la demanda con la de la reconvención y explicadas una y otra por los razonamientos que aquél contiene, se ve claramente que están resueltas todas las cuestiones del juicio, y que la Sala sentenciadora tiene por justificada y declara constituída la servidumbre de acueducto en virtud de asentimiento de las partes, así como en sentido opuesto juzga no haberse probado que ese convenio se celebrara con la condición de limitar el riego de García Flores, á quien se reconoce el derecho de aprovechar las aguas nuevamente alumbradas ya corran solas, ya mezcladas con las antiguas:

Considerando que por el contrario, infringe la sentencia las disposiciones y doctrina citadas en los motivos 4º y 5º, porque el expresado García Flores fué también apelante en cuanto á la absolución de la demanda de reconvención y respecto de la no imposición de las costas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Tomás Pardo, en cuanto á

lo principal de la sentencia dictada en estos autos por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia á que se refieren los tres primeros motivos del mismo, y que ha lugar á dicho recurso en cuanto por aquélla se condena al recurrente en las costas de la segunda instancia, cuyo extremo es objeto de los motivos 4° y 5°, respecto del cual casamos y anulamos la mencionada sentencia y devuélvase al recurrente el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 13 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Agosto del mismo año.)

122

Recurso de casación (14 *de Abril de* 1883).—*Sala primera*.—COMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—No ha lugar al interpuesto por D. Jerónimo Fernández Buenache con Doña Encarnación Herrera y Sánchez (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que se cita inoportunamente y no ha podido infringirse la ley* 1ª, *tít.* 1°, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, cuyo texto claro y repetidas veces expuesto por el Tribunal Supremo, no es aplicable al caso en que conformes las partes contratantes en elevar á escritura pública un convenio privado lo rehusa más adelante una de ellas suponiendo que la otra no ha cumplido las obligaciones á que en el mismo se comprometió*:

2° *Que tampoco se infringe la ley* 2ª *del mismo título y libro, por la sentencia que manda elevar á escritura pública dicho convenio, si la Sala sentenciadora aprecia no estar probada la lesión alegada por el demandado sin que contra esa apreciación se haya alegado por el recurrente infracción de ninguna especie*:

3° *Que tampoco infringe la ley* 1ª, *tít.* 14, *Partida* 3ª, *si se alega haciendo supuesto de la dificultad, oponiendo indebidamente el criterio propio al de la Sala sentenciadora, la cual entiende haberse probado la demanda por la parte actora*:

4° *Que la ley* 2ª *del tít* 14, *Partida* 3ª, *se limita á explicar los casos en que la obligación de probar incumbe al que niega*;

Y 5° *Que es inconducente alegar error de hecho cuando no resulta de documentos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.*

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Abril de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña Encarnación Herrera y Sánchez, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con D. Jerónimo Fernández Buenache, representado por el Procurador D. José de Castro y Quesada, dirigido por el Licenciado D. José Viñas, sobre cuplimiento de un contrato:

Resultando que Doña Encarnación Herrera y D. Jerónimo Fernández Buenache otorgaron un documento privado en 30 de Abril de 1879 ante los testigos D. Juan Llorca y D. Andrés Tavira, establecieron que Doña Encarnación se obligaba á anticipar las cantidades necesarias para la sustanciación de los expedientes de las tres capellanías colativas, fundadas en las villas de Genavés y Siles por D. Andrés Patiño Castellanos, D. Pedro Fernández Patiño y D. Alonso López, hasta su conclusión, como igualmente los que necesitasen para la adquisición del papel del Estado para la conmutación canónica y también los demás gastos precisos hasta poner en posesión á D. Jerónimo de los bie-

nes de las tres capellanías: que igualmente se obligaba Doña Encarnación á entregar á Fernández Buenache 20.000 rs. por vía de préstamo, entregando en el acto á cuenta 3.000 rs. y el resto cuando se elevase á instrumento público el contrato, lo cual se verificaría tan pronto como Doña Encarnación se cerciorase de la existencia de los expresados expedientes; y que D. Jerónimo, por precio y remuneración de los servicios, trabajos y desembolsos que Doña Encarnación hacía y había de hacer, renunciaba en su favor la tercera parte de todos los bienes y acciones pertenecientes á las tres capellanías; entendiéndose que primero se había de reintegrar dicha señora de los 20.000 rs. que anticipaba y del importe de todos los gastos, haciéndose del resto la adjudicación de la tercera parte cedida.

Resultando que los mismos D. Jerónimo Fernández Buenache y Doña Encarnación Herrera otorgaron otro contrato privado en 19 de Diciembre de 1879, en el que el primero declaró que con posterioridad al contrato de 30 de Abril recibió de la segunda 10.400 rs., que con los 3.000 entregados componían 13.400; y que mediante haber convenido con Doña Encarnación en que la cesión de la mitad de los bienes de dichas capellanías que fueron objeto del referido contrato, se entendiera modificada en el sentido de hacer á favor de ella cesión de todos los bienes según resultaban de las fundaciones, y habiendo convenido en 20.000 rs. el precio de la cesión de la totalidad, se obligaba al otorgamiento de la correspondiente escritura de cesión, que habría de tener lugar para el día 20 del próximo mes de Enero, y en cuyo acto habría de recibir los 6.600 rs. que faltaban para el completo de los 20.000, que era la cantidad convenida por el precio de la cesión que la hacía de la totalidad de los bienes de las tres citadas capellanías, obligándose á otorgar la escritura de cesión á favor de Doña Encarnación Herrera ó de la persona que ésta designase, debiendo mientras tanto considerarse aquel contrato como si fuera un instrumento público en cuanto á su validez y eficacia, renunciando respectivamente á toda reclamación por la cesión que pudiera ocasionarles:

Resultando que según tres recibos fechados en el año 1880, D. Jerónimo Fernández Buenache recibió de Doña Encarnación por cuenta del precio de la cesión 2.400 rs., habiendo además satisfecho á D. Andrés Tavira y D. Juan Llorca por derechos, comisión y gastos en el mismo asunto 3.400 rs:

Resultando que fundada en estos hechos dedujo en 30 de Junio de 1884 Doña Encarnación Herrera la demanda objeto de estos autos para que se condenase á D. Jerónimo Fernández Buenache á otorgar la correspondiente escritura de cesión de todos los bienes, derechos y acciones pertenecientes á las tres citadas capellanías y las acciones y derechos que le asistieran para reclamar esos bienes, en cumplimiento de lo convenido en el contrato mencionado, y que no verificándolo se otorgará por el Juzgado dicha escritura de oficio, condenando al demandado en todas las costas y al abono de daños y perjuicios:

Resultando que D. Jerónimo Fernández Buenache contestó á la demanda, manifestando que en 19 de Diciembre de 1879 en casa de Don Andrés Tavira, en ausencia de D. Juan Llorca, convino en ceder á éste la mitad de los bienes que constituían las tres capellanías en precio de 20.000 rs., pagaderos el día 20 de Enero de 1880 en el acto de otorgarse la escritura, teniendo cedida la otra mitad por igual precio á Doña Encarnación Herrera en virtud de un contrato privado de 30 de

Abril de 1879, siendo de cuenta de Doña Encarnación cuantos gastos ocurriesen hasta la toma de posesión por D. Jerónimo: que esté contrato no se había cumplido por no haberse abonado más que 12.000 reales, ocasionándole con ello graves perjuicios por haberse visto obligado á vender sus ropas y alhajas: que en el contrato de 19 de Diciembre se convino en abonar á D. Jerónimo el resto de lo que Doña Encarnación adeudaba y los 20.000 rs. en que había vendido la otra mitad á D. Juan Llorca, el cual quedaba dueño de todo en virtud de cesión que de su parte hacía á su favor Doña Encarnación: que dicho contrato lo extendió de su puño D. Andrés Tavira, dictándoselo á sí propio en alta voz, conteniendo cláusulas distintas de las que dictaba, puesto que contrataba con Llorca y no con Doña Encarnación, como suponía, habiéndoselo guardado Tavira, que se negó á darle copia, habiéndole entregado en el mismo día 3.600 rs. en vez de 4.000 acordados, á cuenta de lo que adeudaba Doña Encarnación, y devuéltole dos recibos de 4 y de 2000 rs. por reconocer su entrega dicho contrato de 19 de Diciembre: que el día 20 de Enero de 1880 no se otorgó la escritura, ni se entregaron ninguna de las cantidades estipuladas habiendo recibido por conducto de Tavira las cantidades que expresaban los recibos presentados con la demanda á cuenta del resto del precio convenido con Doña Encarnación: que citado por dos veces para el otorgamiento de las escrituras convenidas, no comparecieron ni Llorca, ni Doña Encarnación, ni D. Andrés Tavira; y que decidido á entablar su demanda para la rescisión del contrato celebrado con aquella, se vió sorprendido con el embargo de sus bienes de la villa de Infantes, á nombre de la llamada comisión liquidadora del Banco Peninsular Hipotecario, suscribiendo los escritos como Letrado D. Andrés Tavira; y que obligado á pasar á aquella villa, á su regreso se encontró sorprendido con la demanda de Doña Encarnación, presentada sin duda para adelantarse á la del demandado; y deduciendo contra ella la reconvención oportuna, terminó suplicando que no sólo se le absolviera de la demanda con imposición á la demandante de perpetuo silencio y costas, sino que también se declarase nulo, de ningún valor ni eficacia en todas sus partes el documento privado que presentaba la parte contraria, y por consiguiente rescindido el contrato que en él se expresaba, condenándola también á la rescisión y pérdida de las cantidades entregadas á cuenta del otro contrato de 30 de Abril de 1879 para la falta de cumplimiento de lo en éste pactado, expresando en la sentencia que la rescisión y nulidad del de 19 de Diciembre de 1879 se fundaba en el dolo ó engaño con que se había extendido, sustituyendo en él una persona por otra y variando su contenido, y por último, que se anulara y rescindiera, porque ni Doña Encarnación, ni Llorca, que era con quien contrató por medio de Tavira, habían cumplido lo que en el mismo se expresaba ni entregado cantidad alguna; condenándola además al abono de los daños y perjuicios causados al demandado, por todo lo cual la reconvenía por mutua petición:

Resultando que la demandante replicó negando los hechos consignados por el demandado en cuanto se oponían á los de la demanda, manifestando que por idéntica razón no necesitaba hacerse cargo de lo que se denominaba reconvención, que era á todas luces improcedente é insostenible por fundarse también en meros supuestos completamente inexactos:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado

el juicio en dos instancias, dictó sentencia la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte en 13 de Noviembre de 1882, que no fué conforme con la del Juez inferior, estimando la demanda y condenando en su virtud á D. Jerónimo Fernández Buenache á otorgar en el término de ocho días á Doña Encarnación Herrera ó á su legítima representación la escritura pública de cesión de los bienes correspondientes á las capellanías fundadas en Genavés y Siles por D. Antonio Patiño Castellanos, D. Pedro Fernández Patiño y Alonso López, en los términos convenidos en el contrato de Diciembre de 1879, entregando Doña Encarnación Herrera en el acto del otorgamiento el resto del precio pactado, en el cual no se imputarían los recibos de 113, 287 y 3.000 reales que se habían acompañado con la demanda, por no ser de cuenta de D. Jerónimo Fernández Buenache; absolviendo á dicha Doña Encarnación Herrera de la reconvención formulada por el demannado, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Jerónimo Fernández Buenache interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º La ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, aplicada é interpretada indebidamente, queriendo obligar al recurrente á elevar á escritura pública un contrato que no había sido cumplido por la otra parte:

2º La ley 2ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, pues habiéndose confesado por la parte contraria, según aparecía claro y explícito en el escrito de réplica, que el valor de lo vendido era tres veces mayor que la cantidad total que se obligó á entregar el comprador en día fijo, lo cual no había hecho, había lugar á la rescisión del contrato:

3º La ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª; el principio *actore non probante reus absolvitur*; la 1ª, tít. 14 *De probationibus*, Digesto; pues estando probado que el actor no practicó prueba alguna para acreditar sus dichos, según se expresaba en el décimo segundo resultando, no había debido en manera alguna condenarse al recurrente:

4º La ley 2ª del mismo tít. 14, Partida 3ª, que se había aplicado indebidamente, cometiendo error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, consistiendo el primero en la confusión verificada entre los hechos consignados en la reconvención y los de la contestación, y existiendo error de hecho, puesto que habiéndose justificado con las costas escritas y firmadas por D. Juan Llorca que éste fué el comprador de Doña Encarnación, se sostenía en la sentencia que ésta fué la parte contratante en 19 de Diciembre de 1879:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que se cita inoportunamente y no ha podido infringirse la ley invocada en el primer motivo, cuyo texto claro y repetidas veces expuesto por este Supremo Tribunal no es aplicable al caso en que conformes las partes contratantes en elevar á escritura pública un convenio privado lo rehusa más adelante una de ellas suponiendo que la otra no ha cumplido las obligaciones á que en el mismo se comprometió:

Considerando que tampoco infringe la ley citada en el segundo motivo, porque la Sala sentenciadora aprecia no estar probada la lesión, sin que contra esa apreciación se haya alegado por el recurrente infracción de ninguna especie:

Considerando que además no infringe la ley expresada en el tercer

motivo, porque se hace supuesto de la dificultad, oponiendo indebidamente el criterio propio al de la Sala sentenciadora, la cual entiende haberse probado la demanda por la parte actora:

Considerando, por último, que no infringe la ley de que se hace mención en el cuarto motivo, porque se limita á explicar los casos en que la obligación de probar incumbe al que niega, siendo por otra parte inconducente alegar error de hecho cuando no resulta de documentos que demuestren la equivocación evidente del juzgador;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jerónimo Fernández Buenache, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Marzo de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Agosto del mismo año.)

123

Recurso de casacion (16 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—DIMISIÓN DE HERENCIA.—No ha lugar al interpuesto por Doña Teresa Paternó con D. Ignacio Maroto (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que si para alegar como infringidas la ley 1ª y 3ª, párrafos segundo, treinta y cinco y cuarenta, Digesto De testamento militis, *y la 8ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, se hace supuesto de la cuestión dando por cierta la existencia de un testamento ológrafo, siendo así que la Sala sentenciadora afirma que no se ha justificado que el llamado testamento ológrafo presentado por la actora lo otorgara el que se dice lo otorgó, contra cuya apreciación no se ha alegado infracción alguna de las que motivan la casación, no es pertinente la cita como infringida de dichas leyes, ni por ello procedente el recurso.*

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Abril de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltrán en la ciudad de Barcelona y en la Sala primeraa de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por Doña Teresa Paternó, vecina de Gracia, con D. Ignacio Maroto y Puigdorfila, Coronel de Artillería, vecino de aquella capital, sobre dimisión de herencia; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infraccion de ley, interpuesto á nombre de Doña Teresa Paternó por el Procurador Don Luis García Ortega, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Rodó y Casanova, habiendo representado y defendido al Maroto el Procurador D. Joaquín Ejea y el Licenciado D. Senén Canido:

Resultando que fallecido en 14 de Enero de 1879 D. Ramón Paternó, Comandante retirado, sin sucesión legítima ni disposición testamentaria, sus parientes en quinto grado de consanguinidad D. Ignacio Maroto y otros 19 más instaron ante el Juzgado del distrito del Pino de Barcelona el oportuno expediente de declaración de heredero abintestato; y en el mismo compareció Doña Teresa Paternó, oponiéndose y pretendiendo tal declaración á su favor en méritos del testamento ológrafo que presentaba del D. Ramón y como hija natural del mismo; pero no habiendo presentado la partida de bautismo que se la exigió, el Juez no la admitió como legítima opositora, é hizo la declaración de herederos á favor de D. Ignacio Maroto y los 19 parientes más por sentencia de 23 de Agosto del citado año:

Resultando que en 30 de Enero de 1880, Doña Teresa Paternó de-

dujo demanda ordinaria contra D. Ignacio Maroto, pidiendo se la declarase heredera de D. Ramón Paternó, y que en su consecuencia le hiciera el demandado entrega de los bienes de toda la herencia ó de la parte que poseía de la misma, con los frutos percibidos y podidos percibir, y pago de las costas: al efecto expuso que D. Ramón murió sin sucesión legítima, pero con una hija natural, que es la actora misma, á la que instituyó tal heredera en el testamento ológrafo aludido, aunque en él la nombraba sólo como ahijada; pues si bién nombró como herederos de confianza á D. Buenaventura Sanz y D. Miguel Nieto, su objeto y fin fué que éstos distribuyeran la herencia entre la demandante y otra señora con derecho de acrecer entre las mismas por muerte de cualquiera de ellas: que habiendo fallecido dicha señora, era la demandante heredera universal de D. Ramón Paternó: que éste la llamó su hija durante su vida, y en tal concepto atendió á su educación y alimentación, y la tenían los amigos de Paternó: por un otrosí solicitó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la propiedad del partido de Puigcerdá á los efectos prevenidos en la ley Hipotecaria, y así se acordó y tuvo efecto:

Resultando que D. Ignacio Maroto en su escrito de contestación á la demanda negó que Doña Teresa Paternó sea tal hija del D. Ramón Paternó, quien murió sin sucesión ni otros parientes consanguíneos más próximos que los 20 aludidos declarados herederos: que como aparecía de la partida de bautismo de la demandante, éste tuvo lugar cuando tenía 12 años, en 22 de Marzo de 1851, estando albergada en la Casa de Caridad de Barcelona, por la duda y falta de antecedentes de estar bautizada por disposición del Obispo de la diócesis, siendo su padrino D. Ramón Paternó, Alcalde constitucional de Barcelona, y como tal Presidente de la expresada Casa de Caridad, expresando ser aquélla de padres desconocidos, y se la puso por nombre María Teresa Ramona Buenaventura: que por esta casualidad de su cargo, D. Ramón conoció por primera vez en este caso á la entonces niña de 12 años Teresa: que debía quedar fuera de duda que no era su padre, puesto que fué siempre D. Ramón de elevados sentimientos religiosos, sumamente honrado, y si lo hubiera sido no la habría abandonado en su niñez ni permitido que ingresara en la Casa de Caridad ni habría descuidado que á su tiempo fuera bautizada: que en la negada hipótesis de que fuese tal hija procreada por D. Ramón fuera del matrimonio, sería adulterina como nacida en 1839, siendo así que su matrimonio con Doña Rita González subsistió desde 14 de Marzo de 1822 al 27 de Octubre de 1869 en que ésta falleció. que como hija adulterina está incapacitada por las leyes para suceder ni abintestato ni por testamento; y que D. Ramón Paternó no manifestó jamás ni á sus más íntimos amigos que tuviera tal hija, y sí muchas veces dijo á aquéllos que sus bienes después de su muerte pasarían á los Maroto, á quien pertenecían como sus únicos parientes: que el demandado no conocía el testamento ológrafo como verdadero presentado por Doña Teresa, negando que lo otorgara D. Ramón; y en la hipótesis de que lo hubiera otorgado sería nulo por no estarlo en la forma ordinaria, sino privilegiada, que no pudo otorgar como militar retirado sujeto al fuero ordinario; y concluyó solicitando la absolución, con costas, á la misma, y que se dejase sin efecto la anotación preventiva acordada:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes reproduciendo sus anteriores pretensiones, se recibió el pleito á prueba, prac-

ticándose las propuestas por aquéllas; y la demandante en parte de la suya presentó el testamento ológrafo de D. Ramón Paternó de 15 de Octubre de 1865, de cuyo contenido en lo sustancial resultó que legó á su ahijada María Teresa por una sola vez 12.000 rs. además de lo que verbalmente respecto á ella tenía encargado á sus albaceas testamentarios y herederos de confianza, y nombró como tales á D. Buenaventura Sanz de Gregorio y D. Miguel Nieto de Motoos:

Resultando que el Juez de primera instancia, por sentencia de 19 de Abril de 1882 absolvió á D. Ignacio Maroto de la demanda contra él deducida por Doña Teresa Paternó, á quien condenó al pago de las costas, mandando se cancelara la anotación preventiva de la demanda hecha en el Registro de la propiedad de Puigcerdá; y admitida la apelación interpuesta por Doña Teresa Paternó, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en 23 de Octubre de 1882 confirmando, con las costas, la apelada:

Resultando que Doña Teresa Paternó interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

La ley 1ª y 3ª, párrafos segundo, treinta y cinco y cuarenta, Digesto *De testamento militis*, la ley 8ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que dan validez al testamento militar, ya esté en campaña, ya en su casa, en papel simple, firmado de su mano y sin otra solemnidad, é infringe estas leyes y las demás concordantes con ellas al considerar intestado al D. Ramón Paternó no obstante la existencia de un testamento ológrafo del mismo que la propia Sala sentenciadora reconoce, así como la calidad de militar que también reconoce en él:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que para alegar como infringidas la ley 1ª y 3ª, párrafos segundo, treinta y cinco y cuarenta, Digesto *De testamento militis*, y la 8ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación que se citan en el primero y único motivo del recurso, se hace supuesto de la cuestión dando por cierta la existencia de un testamento ológrafo otorgado por D. Ramón Paternó, siendo así que la Sala sentenciadora afirma que no se ha justificado que el llamado testamento ológrafo presentado por la actora lo otorgara el D. Ramón, contra cuya apreciación no se ha alegado infracción alguna de las que motivan la casación, y por consiguiente no son pertinentes las anteriormente citadas, únicas que se invocan, ni por ello procedente el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al interpuesto por infracción de ley por Doña Teresa Paternó, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á ley; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 16 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Agosto del mismo año.)

124

Recurso de casación (16 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—ALIMENTOS PROVISIONALES.—Ha lugar al interpuesto y se resuelve:

1º *Que uno de los hechos esenciales que deben constar para que proceda la concesión de alimentos provisionales es la necesidad del que los*

pida, ó lo que es lo mismo, que no pueda proporcionarse lo necesario para su subsistencia:

2° *Que aunque en rigor la denegación del beneficio de pobreza nunca produce una verdadera ejecutoria, porque puede el litigante ser oído sobre lo mismo, tiene aquel carácter y merece el respeto de cosa juzgada mientras no se justifique que después se ha venido á peor fortuna;*

Y 3° *Que esta doctrina y disposición de la ley referente á las defensas por pobre es perfectamente aplicable al caso en que se piden alimentos provisionales, pues en aquélla y éste se trata de justificar los medios de subsistencia con que cuenta el que los solicita ó pide dicha defensa; y habiéndose dicho en la primera que los tiene suficientes para nó ser declarado pobre, es evidente que no puede concedérsele tal concepto para obtener alimentos mientras no justifique que posteriormente á aquella declaración vino á peor fortuna, condición que no tiene la prueba testifical por él admitida; y por consiguiente y en este concepto, la sentencia recurrida, al dar por probada la necesidad del demandante y otorgarle bajo este supuesto los alimentos provisionales que solicita, infringe la ley* 19, *tít.* 22, *Partida* 3ª.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de... y en la Sala de lo civil de la Audiencia de.. por D..., Abogado, con D..., propietario, vecinos ambos de dicha villa de..., sobre prestación de alimentos provisionales, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Juan Fernández y el Procurador D. José María Cordón, en defensa y representación de D..., no habiéndo comparecido la parte recurrida:

Resultando que con presentación de una partida de bautismo en que se hace constar que en 3 de Junio de 1855, fué bautizado en la parroquia de San Bartolomé de la villa de..., un niño que había nacido en 29 de Mayo en..., á quien se puso por nombre..., y que era hijo natural de D... dedujo D... demanda en el Juzgado de... en 27 de Marzo de 1882 y fundado en que era hijo natural de D... y se hallaba reconocido solemnemente como tal, no sólo en documentos públicos, sino por actos reiterados que así lo demostraban; en que carecía de toda clase de bienes, hasta de los más indispensables medios de subsistencia desde que había sido abandonado por su padre D...; y en que éste disfrutaba una considerable fortuna que le hacía figurar entre los principales propietarios de aquella villa; é invocando el precepto del art. 1609 y las leyes del título 19 de la Partida 4ª, solicitó se condenase en definitiva á D... á prestarle alimentos provisionales por mensualidades anticipadas en cantidad adecuada á la importancia de su fortuna:

Resultando que convocadas ambas partes á juicio verbal, reprodujo el actor su demanda y se opuso á ella el demandado; en primer lugar porque con la partida de bautismo presentada como título justificativo de aquélla, sólo se acreditaba el nacimiento; en segundo lugar porque la condición de ser el demandante mayor de edad y la de tener el título académico de Abogado excluían toda idea de la necesidad en que debe hallarse el que reclama alimentos provisionales, y en tercero porque la cualidad de pobre que invocaba el demandante, se hallaba recientemente contradicha por sentencia de aquel Juzgado, en la que se le había negado el beneficio de pobreza para litigar:

Resultando que por ambas partes se practicó prueba en dicho acto, apareciendo entre las practicadas á instancia del actor que en 7 de Ju-

nio de 1881 dió éste aviso al Alcalde de... de haber cesado desde aquella fecha en la profesión de Abogado; y entre las articuladas por el demandado un testimonio de una sentencia dictada por aquel Juzgado en 11 de Noviembre de 1881 en incidente de pobreza promovida por D... para litigar con D..., por la que se desestimó, con las costas, la demanda de pobreza; y habiéndose servido además ambos litigantes de la testifical; afirmaron siete testigos presentados por el actor que éste había estado viviendo de la caridad que su amigo D... le había dispensado viviendo con él y su familia desde que cumplió los 25 años, y que no había obtenido utilidad alguna de su profesión de Abogado; añadiendo al ser repreguntados por la parte contraria, que D... había ejercido la profesión de Abogado en aquella localidad hasta dos meses antes, poco más ó menos, de incoar este pleito; pero que poco ó nada le había producido; y cuatro testigos que presentó el demandado D..., afirmaron que el demandante había ejercido la abogacía hasta que se marchó á..., de donde había regresado con la dignidad y buen porte correspondiente á su clase: que se había encargado de algunos negocios judiciales que determinaron; y que aun cuando se hubiese dado de baja en el ejercicio de su profesión, se hallaba en buen estado de salud para trabajar:

Resultando que sustanciado el pleito en dos instancias dictó sentencia revocatoria la Sala de lo civil de la Auiencia de... en 22 de Junio próximo pasado, condenando á D... á dar y prestar á D... como su hijo natural 4.000 reales anuales por mensualidades anticipadas por vía de alimentos, con el carácter de provisionales hasta que en el juicio declarativo correspondiente, si alguna de las partes lo promoviera, se fije definitivamente lo que corresponda:

Resultando que D... interpuso recurso de casación por considerar infringidos:

1° El art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil en cuanto la apreciación de la prueba testifical ha sido hecha por la Sala sentenciadora faltando á las reglas de la sana crítica y con manifiesta infraccion de la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, que declara la fuerza que ha el juicio, y de la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Octubre de 1864, en que se declara que por la ley de Enjuiciamiento civil no se otorga ni concede preferencia á ninguno de los medios de prueba; puesto que de apreciar la prueba testifical aducida en el pleito y considerar probada en virtud de ella la necesidad del demandante de percibir alimentos, se ha olvidado de que tal afirmación se halla contradicha por la sentencia firme de 11 de Noviembre de 1881; que negó á D... el beneficio de pobreza, y ha dado á la prueba testifical preferencia sobre la instrumental, que representa el testimonio de dicha sentencia firme; del principio y regla de interpretación que prescribe que las palabras deben entenderse llanamente é asi como suenan é interpretarse de modo que el sentido que se les dé no conduzca al absurdo; porque de las declaraciones testificales prestadas en el pleito, no sólo por los testigos del recurrente sino por los de la misma parte contraria, resulta que D... puede ejercer y ha ejercido la abogacía aunque poco ó nada le produjera su ejercicio; que es mayor de edad, y que tiene aptitud física para trabajar, y del principio universal llamado de contradicción, expresado en la frase, *idem non potest esse simul et non esse*, síntesis de todos los preceptos y reglas de la sana crítica, porque contradictorio es que se declare pobre y necesita-

do para poder percibir alimentos á quien se reconoce y esté ejecutoriado que es rico para litigar;

Y 2° Las leyes 5ª y 6ª, tít. 19, Partida 4ª, la primera de las cuales impone al padre la obligación de alimentar al hijo natural, pero entendiéndose que cesa dicha obligación ó que no existe cuando concurre alguna de las circunstancias que señala la segunda de dichas leyes, ó sea la de tener el hijo profesión ú oficio de que vivir; y la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Febrero de 1860, de que, si bien las leyes de Partida imponen á los padres la obligación de alimentar á los hijos, se entiende sin embargo limitada esta obligación al caso en que éstos no tengan medios para subsistir de lo suyo ó de su industria ó trabajo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que uno de los hechos esenciales que deben constar para que proceda la concesión de alimentos provisionales es la necesidad del que los pida, ó lo que es lo mismo, que no pueda proporcionarse lo necesario para su subsistencia:

Considerando que la Sala sentenciadora al apreciar las pruebas practicadas en este pleito referentes al extremo de la necesidad del demandante y darla por justificada, ha hecho caso omiso de la sentencia firme de 11 de Noviembre de 1881, por la que se negó á D... el beneficio de pobreza que solicitó paro litigar con D..., y aunque en rigor la denegación del beneficio de pobreza nunca produce una verdadera ejecutoria, porque puede el litigante ser oído sobre lo mismo, tiene aquel carácter y merece el respeto de cosa juzgada mientras no se justifique que después se ha venido á peor fortuna:

Considerando que esta doctrina y disposición de la ley referente á las defensas por pobre es perfectamente aplicable al caso presente, pues en aquélla y éste se trata de justificar los medios de subsistencia con que cuenta D...; y habiéndose dicho en la primera que los tiene suficientes para no ser declarado pobre, es evidente que no puede concedérsele tal concepto para obtener alimentos mientras no justifique que posteriormente á aquella declaración vino á peor fortuna, condición que no tiene la prueba testifical por él admitida; y por consiguiente y en este concepto la sentencia recurrida, al dar por probada la necesidad del demandante y otorgarle bajo este supuesto los alimentos provisionales que solicita, ha infringido la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, que se cita en el primer motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D..., y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 22 de Junio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de...—(Sentencia publicada el 16 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Agosto del mismo año.)

125

Recurso de casación (16 *de Abril de* 1883).—*Sala tercera.*—DEJACIÓN DE UNA FINCA.—No se admite el interpuesto por D. Francisco Díaz con Francisco Camiña y otro (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que con arreglo al art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, hecho el nombramiento de Abogado y Procurador al interesado que se defienda en concepto de pobre y entregada al Procurador la certificación de

la sentencia, debe presentar dentro del término de 20 días el recurso de casación con la dirección debida; y si lo verifica después de transcurrido, es inadmisible.

Resultando que seguido pleito en el Juzgado de primera instancia de Cambados y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. Francisco Díaz con Francisco Camiña y Bernardo Gondar sobre dejación de una finca, el Díaz, que se defiende en concepto de pobre, pretendió, con objeto de interponer recurso de casación por infraccion de ley, que se remitiera á este Tribunal Supremo la oportuna certificación de las sentencias dictadas:

Resultando que así verificado, se nombraron á D. Francisco Díaz para su representacion y defensa Procurador y Abogado de oficio: que habiendo manifestado éste no hallar méritos para la interposición del recurso, y designado otro Letrado, se entregaron las diligencias al Procurador en 3 de Marzo último y las devolvió formulando el recurso de casación el día 2 del presente mes; y oido el Sr. Fiscal, se opone á su admisión:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que con arreglo al art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, hecho el nombramiento de Abogado y Procurador, el interesado que se defienda en concepto de pobre y entregada al Procurador la certificación de la sentencia debe presentar dentro del término de 20 días el recurso de casación con la dirección debida:

Considerando que entregada al Procurador de D. Francisco Díaz la certificación de la sentencia para la interposición del recurso de casación preparado por el Díaz en 3 de Marzo, ha presentado el escrito formulando el recurso en 2 del corriente, y por consecuencia fuera del término que señala dicho art. 1713;

No ha lugar, con las costas, á la admisión del recurso interpuesto á nombre de D. Francisco Díaz: póngase este auto en conocimiento de la Audiencia de la Coruña, con devolución del apuntamiento; publíquese en la *Gaceta de Madrid* é insértese á su tiempo en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las oportunas copias.—(Sentencia publicada el 16 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Agosto del mismo año.)

126

Recurso de casación (17 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE UN LEGADO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Sofía Salamanca y hermana con Doña Teresa Dulton (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1º *Que si bien es doctrina legal inconcusa que la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse estrictamente, esto se entiende en cuanto sea conforme á las leyes que regulan la facultad de testar caso de haber herederos forzosos;*

Y 2º *Que la sentencia que guarda conformidad con la demanda no infringe la ley* 16, *tít.* 22 *de la Partida* 3ª.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Haro y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por Doña María Teresa Dulton, de nacionalidad inglesa, domiciliada en París, con Doña Sofía y Doña Ramona Salamanca y Labarra, representada esta última por su marido Don

Rafael Barrio, vecino de esta corte, y D. Rafael Arjona, vecino de Navarrete, en representación de su hija Doña Rosa Arjona y Salamanca, sobre pago de un legado; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Agustín de Soto y el Procurador D. José María Cordón, en defensa y representación de Doña Ramona y Doña Sofía Salamanca; habiendo sido defendida y representada en este recurso la demandante por el Licenciado D. Enrique Ucelay y el Procurador D. Felipe Canós:

Resultando que D. Mariano Salamanca y Lobera falleció en París en en 3 de Abril de 1874, bajo testamento otorgado en la misma capital en 5 de Agosto de 1870, en el que legó á Doña María Teresa Dulton en recompensa de los buenos servicios que le tenía prestados durante los ocho años que había estado en su casa al cuidado de sus hijas, la pensión vitalicia de 2.500 francos anuales, pagadera por trimestres ó semestres, á voluntad de sus hijas ó herederos, mientras Doña Teresa Dulton se mantuviese soltera, disponiendo que la pensión debería ser satisfecha por las hijas del otorgante Doña Isabel, Doña Ramona y Doña Sofía, en la proporción siguiente: 1.000 francos por la primera y 750 por cada una de las otras dos; dispuso además en la cláusula 5.ª que en atención á que su hija primogénita Doña Isabel había de sucederle en la mitad reservable de los vínculos que poseía, mejoraba á sus otras dos hijas en el tercio y remanente de quinto de todos sus bienes, derechos y acciones de libre disposición, sin que por esto se entendiera preferencia de cariño, pues á todas sus tres hijas profesaba un amor igual y deseaba que todas poseyeran bienes de fortuna bastantes para su decorosa subsistencia, é instituyó por último herederas por partes iguales en el resto de sus bienes á sus tres mencionadas hijas:

Resultando que en 13 de Marzo de 1871 dedujo Doña María Teresa Dulton en el Juzgado de primera instancia de Haro la demanda de este pleito, con la solicitud de que se condenase á la testamentaría de Don Mariano Salamanca á pagarle en el término de quinto día 5.750 francos por los semestres vencidos y no satisfechos de la pensión vitalicia que le dejó dicho D. Mariano en su referido testamento, y á que en igual plazo constituyera con bienes del caudal hereditario garantía hipotecaria suficiente para asegurar el capital de dicha pensión vitalicia; alegando al efecto que al testador D. Mariano Salamanca sobrevivieron sus hijas Doña Ramona y Doña Sofía y su nieta Doña Rosa Arjona, hija de Doña Isabel, que premurió á su citado padre: que hacía cinco años que estaba esperando á que se formalizase la testamentaría de Salamanca con objeto de ver garantida su pensión; pero que hasta la fecha no le constaba que los partícipes lo hubiesen realizado, pues ni aun habían obtenido la copia del testamento, ni menos habían inscrito sus respectivos testimonios de hijuela en el Registro de la propiedad; y que no siendo como no era legataria de parte alícuota del caudal, no intentaba promover el juicio de testamentaría sino de reclamar el pago de las pensiones atrasadas, y asegurar la manda con las hipotecas que las leyes le concedían:

Resultando que el Juzgado de Haro admitió esta demanda y confirió traslado de ella á la testamentaría de D. Mariano Salamanca, y en su representación á los herederos de éste, y personados D. Rafael Arjona, en representación de su hija Doña Rosa y Doña Sofía y Doña Ramona Salamanca, asistida ésta de su marido D. Rafael Barrio, dedujeron las excepciones dilatorias de incompetencia de jurisdicción, y de falta de

arraigo del juicio por ser extranjera la demandante, y entre las razones que al efecto alegaron, dijeron que la testamentaría de Salamanca hacía tiempo que no existía, pues ocurrido el fallecimiento de aquél, sus hijas y herederas se dividieron amigablemente los bienes y los inscribió cada una en su propio nombre en los Registros de Haro, Nájera, Logroño, Briviesca y Belorado; pero que aun cuando la testamentaría se hallare pendiente en la actualidad, tampoco hubiera esto determinado la competencia del Juzgado, teniendo los herederos su vecindad y domicilio en esta corte y en Navarrete:

Resultando que sustanciado este incidente de incontestación á la demanda en forma legal y en dos instancias, fué desestimado por sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos de 17 de Mayo de 1880 confirmatoria, con las costas, de la que había dictado el Juzgado, en cuyo primer considerando se dijo que si bien la testamentaría de Salamanca fué protocolizada y aprobada por los interesados en escritura pública, no podía considerarse para los efectos legales como terminada, ya porque no constaba que se hubiese provisto á dichos interesados del oportuno testimonio de su haber y que se inscribiera en el Registro de la propiedad, ya porque aparecía probado que no se había prestado á la liquidación del impuesto, sin que fuese bastante la inscripción de la posesión que obtuvieron para sus usos y conveniencia particular por medio de los títulos supletorios de que trata la ley Hipotecaria:

Resultando que entregados de nuevo los autos á dichos demandados para que contestasen la demanda, lo verificaron con la solicitud de que se declarase en definitiva primero: que debiendo recibir los hijos la legítima de sus padres libre de toda carga y gravamen, y habiendo dispuesto el testador del quinto y tercio de sus bienes, su hija Doña Isabel, y en la actualidad la hija y heredera de ésta Doña Rosa, no venía obligada al pago de la pensión anual de 1.000 francos con que la gravó su padre ni á otra cargu alguna nula de derecho; segundo, que Doña Ramona y Doña Sofía no tenían otra obligación que la de satisfacer anualmente 750 francos cada una á la legataria Doña María Teresa Dulton por ser esta la cantidad fijada y determinada con que el testador las gravó, no pudiendo por consecuencia sin infringir la voluntad de éste compelérseles al pago de mayor suma: tercero, que si bien estaba en el deber de constituir hipoteca en garantía de las pensiones, tenían la facultad para designar los bienes de la herencia que se habían de hipotecar; y que habiéndose encontrado siempre dispuestas Doña Ramona y Doña Sofía á satisfacer á la demandante el importe de las pensiones vencidas y no satisfechas por los 750 francos anuales que cada una debía pagarle, así como á garantir con hipoteca dicho pago, al intentar y sostener la demanda en solicitud de mayores sumas había exceso en la petición:

Resultando que replicando alegó la actora que la voluntad del testador era clara y precisa en cuanto á que se le abonaran 2.500 francos de pensión anual, por lo cual y porque dicha cantidad cabía dentro del quinto de los bienes, debía satisfacérsele íntegra; lo cual, además de estar ajustado á la ley, había sido reconocido por los mismos interesados en las operaciones de testamentaría:

Resultando que durante el término de prueba se trajo á los autos, entre otros particulares, testimonio de una escritura pública otorgada en Haro en 6 de Octubre de 1877, en que D. Rafael Arjona y los representantes de Doña Ramona y Doña Sofía Salamanca aprobaron las ope-

raciones de la testamentaría de D. Mariano una compulsa de varios particulares de dicha testamentaría, entre ellos, del supuesto 12, en el que establecieron los interesados que siendo inoficiosa la cláusula del testamento en que se disponía que Doña Isabel satisficiese parte de la pensión vitalicia dejada á la Dulton, después de haber dispuesto el testador del quinto y tercio en favor de sus otras dos hijas y herederas, quedaba relevada aquélla de tal obligación, que vendría á pesar sobre el haber correspondiente á Doña Ramona y Doña Sofía por iguales partes, como legatarios del quinto, y testimonio de otra escritura otorgada también en Haro por los mismos interesados en la testamentaría en 14 de Mayo de 1879, por la que dejaron sin efecto lo expuesto en el susodicho supuesto 12, declarando para siempre que el legado de pensión dejado á Doña María Teresa Dulton debería ser satisfecho con arreglo al testamento, ya en su totalidad por Doña Ramona y Doña Sofía, ya solamente en la parte y porción señalada á cada una de ellas por el testador, según procediera con arreglo á derecho:

Resultando que en 7 de Octubre próximo pasado dictó sentencia revocatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de Búrgos, declarando que Doña María Teresa Dulton tiene derecho á percibir íntegros los 2.500 francos anuales que legó D. Mariano Salamanca, y que este legado, sin poder sacarse de las legítimas de las hijas de éste, ha de extraerse del quinto de sus bienes, debiendo hoy hacerse efectivo por los herederos á quienes mandó el remanente de dicho quinto; absolviendo, en su consecuencia de la demanda á Doña Rosa Arjona y Salamanca, como hija y heredera de Doña Isabel Salamanca y Labarra, que lo fué del testador D. Mariano y en su nombre y representación á su padre Don Rafael Arjona, y condenando á Doña Sofía y Doña Ramona Salamanca y Labarra, representada ésta por su marido D. Rafael Barrío, á pagar por iguales partes á la legataria Doña María Teresa Dulton el importe de las pensiones legadas de los indicados 2.500 francos anuales vencidas desde la muerte del testador y que no hubiesen sido satisfechas, y además á garantizar entre ambas hipotecariamente y de la manera procedente á dicha legataria el pago de las anualidades que venzan mientras viva ó no contraiga matrimonio:

Resultando que Doña Sofía y Doña Ramona Salamanca y Labarra, asistida la segunda de su marido D. Rafael Barrio y Ruiz Vidal, interpusieron recurso de casación por considerar infringidas:

1° El testamento de D. Mariano Salamanca en su cláusula cuarta, en la que dispuso que la pensión de que se trata debería ser satisfechas por sus hijas en la proporción siguiente: 1.000 francos por Doña Isabel y 750 por cada una de las dos recurrentes, toda vez que el fallo recurrido las condena á satisfacer 2.500 francos:

2° La misma cláusula cuarta, bajo el nuevo concepto de que á pesar de haber el testador impuesto á sus tres hijas, como tales, el deber de pagar los 2.500 francos de pensión anual, la sentencia recurrida impone aquella obligación á dos de ellas y en distinto concepto al decir que dicho legado ha de extraerse del quinto de los bienes, debiendo hoy hacerse efectivo por los tenedores á quienes mandó el remanente de dicho quinto; la cláusula quinta del mismo testamento, en la que el testador dispuso que en atención á que su hija primogénita Doña Isabel había de suceder en la mitad reservable de los vínculos que el otorgante poseía mejoraba á sus otras dos hijas Doña Ramona y Doña Sofía en el tercio y remanente del quinto de todos sus bienes, derechos y accio-

nes de libre disposición, sin que esto se entendiera preferencia de cariño, pues á todas las tres hijas profesaba un amor igual y deseaba que todas poseyeran bienes de fortuna bastantes para su decorosa subsistencia, por cuanto habiendo el testador impuesto á su hija primogénita la obligación personalísima peculiar y exclusiva de satisfacer 1.000 francos de pensión anual, no puede de ningún modo ser esta cantidad deducción del quinto, en el cual, así como en el tercio, mejoró D. Mariano exclusivamente á sus dos hijas las recurrentes con el fin de igualarlas en lo posible á su hija mayor Doña Isabel; la ley 32, tít. 9°, Partida 6ª, según la cual si el testador hiciese la manda contra derecho ó cómo non debiere en alguna manera, non valdrá é debe ser revocada, en el concepto de que habiendo el testador hecho la manda contra derecho en cuanto á los 1.000 francos impuestos á Doña Isabel y reconociéndolo así la Sala sentenciadora, no declara á pesar de esto expresamente nula la manda ó pensión de dicha parte ni la revoca como debiera, sino que lo impone injustamente sobre las recurrentes; y el principio de derecho *quod nullum est tractu temporis convalescere nequit*, porque siendo indudablemente nula la parte de pensión impuesta exclusivamente sobre Doña Isabel, no puede convalecer cual se dispone en el fallo recurrido contra las recurrentes:

3° La cláusula 3ª del mismo testamento en relación con la 4ª y 5ª, porque el testador ordenó que la pensión asignada á Doña María Teresa Dulton, fuese pagada precisamente por todas sus tres hijas y herederas en la proporción que á cada una señaló, y el fallo recurrido la impone exclusivamente sobre las dos hijas menores, y la ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, según la cual las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente así como ellas suenan, et non se debe el juzgador partir del entendimiento de ellas fueras ende cuando pareciero ciertamente que la voluntad del testador fuera contra ley ó contra buenas costumbres, ca estonce non debe ser guardada así, como dice en la sesta Partida en el título de las mandas en las leyes que fablan de esta razón; é si por ventura el testador usase en las fablas de palabras generales que pudiesen tomar entendimiento de ellas á muchas cosas, entónce debemos entender que ser voluntad fué de dar aquella cosa que menos vale; en el doble concepto de que habiendo el testador dicho expresamente que la proporción en que las recurrentes debían satisfacer la pensión era de 750 francos cada una, en vez de entender estas palabras llanamente y así como ellas suenan, se les da un alcance que evidentemente no tienen, imponiendo á las concurrentes la obligación de pagar 2.500 francos, y porque en todo caso la interpretación debería ser restrictiva, ó sea la más favorable á las hijas del testador, dando á las legatarias según la ley lo que menos vale ó importa, contra lo que con evidente error resuelve el fallo recurrido:

4° Las leyes 18 y 3ª, tít. 9° de la Partida 6ª, según las cuales ningún heredero está obligado á dar nunca por razón de legado mayor cantidad que la que le señalase en el testamento aun cuando la hubiera mayor en el punto designado por el testador, y al contrario, si hubiera menos sólo valdría el legado por la cantidad que se hallase, y la doctrina análoga establecida en sentencia de 30 de Abril de 1857 y en otras, porque D. Mariano Salamanca dispuso señaladamente en su testamento que sus hijos menores las recurrentes satisficiesen á Doña María Teresa Dulton 750 francos cada una y el fallo recurrido las condena sin embargo á cada una á pagar 500 francos más:

Y 5° Las leyes 3ª y 16, tít. 22, Partida 3ª, que establecen la congruencia que debe existir entre la sentencia y la demanda entre lo pedido y lo fallado; el principio de que los Tribnnales deben fallar *juxta alegata et probata*, no pudiendo en manera alguna rebasar, corregir ni modificar de oficio en materia civil las pretensiones de las partes, y la doctrina legal de que no es valedero el juicio en que no se dé porquinto al demandado ó se le condene en toda la demanda ó en cierta parte de ella, según sentencia de este Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1862; por cuanto habiendo interpuesto la Dulton su demanda contra la testamentaría de D. Mariano Salamanca, solicitando se condenase á dicha testamentaría al pago de los 5.750 francos y á la constitución de hipoteca, ha debido el fallo recurrido absolver ó condenar á dicho testamentario en vez de limitarse á condenar á las recurrentes, esto es, á dos de las tres hijas y herederas del testador D. Mariano, así como las leyes 13 y 19, tít. 22, Partida 3ª, que establecen la fuerza y santidad de la cosa juzgada, porque la Sala sentenciadora declaró en su fallo de 17 de Mayo de 1880 que no estaba terminada la testamentaría y que por tanto no había lugar al artículo de incontestación; y no obstante esto, declara lo contrario en la sentencia recurrida, condenando á las recurrentes:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que si bien es doctrina legal inconcusa que la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse estrictamente, esto se entiende en cuanto sea conforme á las leyes que regulan la facultad de testar caso de haber herederos forzosos, de lo que se deduce con relación al presente litigio que al legar D. Mariano Salamanca en el testamento bajo el cual falleció á Doña María Teresa Dulton la pensión vitalicia de 2.500 francos anuales ejecutó un acto válido, que debe surtir todos sus efectos una vez demostrado que dicha pensión cabe en el quinto de los bienes del testador, no hallándose en el mismo caso la disposición que contiene la cláusula 4ª del expresado testamento, según la que la pensión de que se trata debería ser satisfecha en la proporción de 1.000 francos para la hija mayor y 750 por cada una de sus hermanas, puesto que esta distribución afecta á la legítima de la primera, hoy de su hija, contra lo prevenido en la ley 30 de Toro, ó sea la 9ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Considerando que al estimarlo así la sentencia recurrida declarando que Doña María Teresa Dulton tiene derecho á percibir íntegros los 2.500 francos anuales que la legó D. Mariano Salamanca, cuya pensión debe extraerse del remanente del quinto de sus bienes con que agració á sus hijas Doña Ramona y Doña Sofía, no infringe la voluntad del testador en cuanto ésta fué válida y eficaz, según derecho, bajo ninguno de los conceptos expresados en los tres primeros fundamentos del recurso, ni las leyes de Partida que se citan en el 3° y 4° por no ser aplicables, atendida la forma ilegal determinada por el testador para la distribución en el pago de dicho legado:

Considerando que tampoco infringe el fallo recurrido la ley 16, título 22 de la Partida 3ª, ni las demás disposiciones y doctrinas que se invocan en el quinto y último motivo, puesto que dicha sentencia guarda conformidad con lo pedido en la demanda; y aun cuando ésta se interpuso contra la testamentaría de D. Mariano Salamanca, habiéndose formulado el escrito de contestación á nombre de las hijas del testador en concepto de herederas, bajo cuyo carácter han venido litigando

hasta que se pronunció dicha sentencia, claro es que no puede ir contra sus propios actos fundando en ello la casación que solicitan;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Sofía y Doña Ramona Salamanca y Labarra, asistida esta última de su marido D. Rafael Barrio y Ruiz Vidal, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Agosto del mismo año.)

127

Recurso de casación (19 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—Reintegro de cantidades.—No ha lugar al interpuesto por D. Luis Durás y Doña Epifania Irazusta (Audiencia de Pamplona), y se resuelve:

1º *Que en cuestiones de hecho, como lo es la de si ha existido ó no fuerza mayor, ha de estarse á la apreciación de la Sala sentenciadora, si contra ella no se alega error de hecho ni de derecho en la forma que determina el caso* 7º *del art.* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil:*

2º *Que para ser aplicable la ley* 11, *tít.* 10 *de la Partida* 7ª, *es necesario que resulte acreditado que la dueña ó partícipe en el dominio de una fábrica hubiese privado de su disfrute á la Sociedad arrendataria, lo cual, según expresión terminante del Tribunal sentenciador, no consta lo ejecutara por sí ni por interpuesta persona, careciendo por tanto los demandantes de derecho para pedir el resarcimiento de daños y perjuicios en el expresado concepto:*

3º *Que el art.* 632 *de la vigente ley de Enjuiciamiento civil concede amplitud de facultades á los Jueces y Tribunales en la apreciación de la prueba perecial;*

Y 4º *Que si resulta de las actuaciones judiciales que la Sociedad arrendataria de dicha fábrica solicitó y obtuvo que por edictos insertos en periódicos oficiales se pusiera en conocimiento de la dueña de la misma la cesación en el arriendo para de allí á seis meses, á cuyo medio de publicidad se hubo de recurrir por ignorarse el domicilio de dicha interesada; reuniendo esta diligencia las condiciones legales para el objeto á que se dirigía, sin que obste á ello la consideración alegada por la dueña de no haberse dado por notificada, pues si esta razón fuera valedera, quedaría á la voluntad de una de las partes la eficacia de las notificaciones hechas en esta forma para los casos en que son procedentes, lo que no puede admitirse en manera alguna: la sentencia que absuelve á la Sociedad de la demanda en lo relativo á la continuación del pago del arriendo, por no haberse notificado en forma la cesación con la antelación convenida, no infringe la ley del contrato, la* 1ª, *tít.* 1º, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, el art.* 1º *de la de* 9 *de Abril de* 1842 *y la* 4ª, *tít.* 8º, *Partida* 5ª.

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Abril de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Tolosa y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona por la Sociedad *Luis Durás y Compañía*, siendo su Gerente D. Luis Durás, fabricante, vecino de San Sebastián, con Doña Epifania Irazusta y Arzadun, viuda, vecina de Tolosa, sobre rebajas y reintegros de cantidades; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto por ambas partes, ha-

biendo representado y defendido á la de la Sociedad el Procurador Don Francisco Bartual y el Licenciado D. Enrique Ucelay, y á la Doña Epifania el Procurador D. Manuel de Diego, bajo la dirección del Licenciado D. Cándido Nocedal, y en el acto de la vista el Licenciado D. Isidro de Diego:

Resultando que en 4 de Junio de 1880 la Sociedad Luis Durás y Compañía dedujo demanda, en la que expresó que Doña Epifania Irazusta reclamó á la Sociedad demandante en juicio ejecutivo tramitado en el Juzgado de San Sebastián el pago de la cantidad de 56.666 reales 66 céntimos por rentas vencidas del arriendo de la fábrica de papel La Confianza, los meses trascurridos desde Enero de 1873 á Mayo del 74 ambos inclusive; siendo condenada en la sentencia de remate al pago de 38.333 reales y 35 céntimos y costas: que la participación que Doña Epifania Irazusta tenía en la fábrica La Confianza, era la de una cuarta parte y otra cuarta parte Doña Mercedes Irazusta, importando la correspondiente del arriendo de ambas participaciones en cada mes la cantidad de 3.333 reales y 33 céntimos: que Doña Epifania reconoció en el juicio ejecutivo ya expresado como suyas y legítimas las firmas estampadas al pié de siete recibos presentados en dichos autos por la Sociedad demandante, los cuales abrazaban las rentas de los meses desde Enero hasta Julio de 1873, é importaban 23.333 reales y 31 céntimos, pero sin que se rebajaran en la sentencia de remate de esta cantidad más que la de 18.333 reales y 31 céntimos en razón á que los recibos correspondientes á los tres primeros meses estaban firmados además de Doña Epifania por D. Martín de Barriola, curador de Doña Mercedes Irazusta, el cual no fué llamado á reconocer la autenticidad de las suyas, ascendiendo el importe de la mitad de dichos tres recibos á 4.999 reales 99 céntimos: que D. Luis Durás puso en conocimiento de Doña Epifania en carta que escribió en 20 de Agosto de 1873 la entrada de los carlistas en la fábrica, y que las amenazas que usaron impedían trabajar en ella, por cuya razón despidió á los obreros, quedando León Uriarte al cuidado de ella, y manifestándola por último que ponía este hecho en su conocimiento al efecto de suspender el pago de la renta; Doña Epifania Irazusta, presentándose en la fábrica, expulsó de ella á León Uriarte y su familia, manifestando que ella sola era la que allí mandaba, llevándose además el manómetro y dos carretadas de alpargatas pertenecientes á la Sociedad, y aprovechándose de la circunstancia de encontrarse los carlistas cerca de la fábrica se opuso á que los demandantes extrajeran de ella algunos efectos que les pertenecían: que los mismos vendieron una partida de carbones que tenían en la fábrica, y al ir á extraerlos, se opuso á ello la Doña Epifania y fueron embargados y vendidos por las autoridades carlistas con perjuicio de la Sociedad, y después de alegar los fundamentos de derecho, pidió: primero, que se declarase que son rebajables los 4.999 reales entregados á D. Martín Barriola de la cantidad á cuyo pago ha sido condenada la Sociedad: segundo, que la Sociedad demandante no podía hacer entrega á Doña Epifania Irazusta de la renta correspondiente al mes de Agosto de 1873, y por último, que los demandantes no estaban obligados al pago de las rentas vencidas desde 1° de Setiembre de 1874, estando por el contrario obligada Doña Epifania Irazusta al resarcimiento de daños y perjuicios, condenándola en su consecuencia al pago de éstos y al de las costas causadas en este pleito y en el ejecutivo:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Epifanía

Irazusta, le evacuó pretendiendo que se le absolviese de la misma y se condenase por vía de reconvención á la Sociedad demandante á que la entregue 38.333 rs. y 35 céntimos, objeto de la sentencia dictada en el ejecutivo y además sus intereses, que desde 1° de Setiembre de 1874 al 5 de Enero de 1878 ascendían á 13.078 rs. y 98 céntimos por una parte y por otra de 133.888 rs. y 95 céntimos por rentas vencidas desde 1° de Setiembre de 1874 hasta el 5 de Enero de 1878, y 13.107 rs. y 35 céntimos por intereses de esta suma, con más los réditos legales posteriores, y en todas las costas; exponiendo entre otras consideraciones que era exacto había reclamado á la Sociedad demandante en juicio ejecutivo seguido en San Sebastián el pago de las cantidades que se consignan en la demanda y por las razones que allí se expresan, así como también que entabló la demanda ejecutiva por sí y como heredera de Doña Mercedes Irazusta, siendo también cierto que su participación en la fábrica era la de una cuarta parte y otra cuarta parte la de Doña Mercedes Irazusta: que sean ó no ciertos los excesos que se decían cometieron las partidas carlistas, ella no contribuyó directa ni indirectamente á que se ejecutaran, no pudiendo por consiguiente aceptar su responsabilidad ni sus consecuencias: que no podía prestar su asentimiento á la despedida que la Sociedad la dió en la carta de que hacía mérito, pues los hechos que se consignan no pueden tener influencia para eximir la responsabilidad á la Sociedad, por cuanto durante la guerra estuvieron trabajando otras fábricas; y que era inexacto lo que dice de los carbones, pues fueron extraídos por el Ayuntamiento carlista de Tolosa y vendidos por la misma Corporación, así como otros varios efectos: en cuanto á la reconvención formulada por Doña Epifania Irazusta manifestó que por escritura otorgada el 13 de Noviembre de 1868, D. Blas Irazusta, Doña Epifania, por sí y como tutora y curadora de su sobrina Doña Mercedes, y D. Isidro Irazusta, dieron en arrendamiento la fábrica La Confianza y su aneja á D. Blas Irazusta, D. Luis Durás y Compañía por término de seis años, siendo la renta estipulada la de 20.000 pesetas, á pagar por mensualidades vencidas: que en la misma escritura se estipuló que si á los seis años de arriendo quisiesen los arrendatarios continuar en la fábrica serían preferidos á cualquiera otro bajo las mismas condiciones, y que en caso de no querer continuar darían aviso con seis meses de anticipación, y que caso de optar por la continuación se habría de entender el arriendo por término de seis años más: que en 1° de Setiembre de 1874 espiró el primer período de los seis años, pero como los arrendatarios no participaron, como debían, con la anterioridad de seis meses que deseaban cesar en el arriendo, éste continuó *ipso facto* por otro segundo período de seis años que debía espirar el 1° de Setiembre de 1880: que desde el 1° de Setiembre de 1874, la Sociedad arrendataria ó la subrrogada, en su lugar D. Luis Durás y Compañía, han tenido á su libre disposición la fábrica que fué objeto del contrato sin haber dado la despedida con los seis meses de antelación que se había pactado, ni dieron tampoco las llaves á quien debían y como debían, pues por el contrario ejecutaron actos ostensibles que demostraban su propósito formal de continuar en el arriendo en el concepto de arrendatarios; siendo por consiguiente en el deber la renta estipulada desde dicho mes de Setiembre de 1874 hasta 5 de Enero de 1878 con los intereses legales á razón del 6 por 100 desde el momento del vencimiento:

Resultando que en el escrito de réplica los mandantes reprodujeron las consideraciones que alegaron en la demanda, exponiendo en cuanto

á la reconvención que la Sociedad demandante hizo gestiones en el Juzgado para conseguir se publicara en los periódicos oficiales la cesación del arriendo de la fábrica para que llegara á conocimiento de Doña Epifania Irazusta la cesación del arriendo, publicándose esta resolución en la *Gaceta* y *Boletín* con seis meses de anticipación á la fecha en que espiraba el contrato: que la Sociedad arrendataria de la fábrica entregó las llaves á la cesación del arriendo á D. Blas Irazusta, copropietario y arrendador de la misma, sin que en la escritura de arriendo se expresase la forma de hacer entrega de las llaves ni la de dar la despedida: que la Sociedad desde la cesación del arriendo no ha ejecutado acto alguno ostensible que denote su propósito de continuar en él, y en su consecuencia solicitó que se le absolviese de la reconvención:

Resultando que la demandada al duplicar insistió en las consideraciones y pretensiones de su contestación á la demanda, y recibido el pleito á prueba se practicaron las propuestas por las partes, y por los demandantes se presentó la carta de que había hecho mérito en la demanda dirigida á Doña Epifanía Irazusta en 20 de Agosto de 1873, anunciando la invasión de la fábrica por una partida carlista, lo cual ponían en su conocimiento, ínterin lo hicieran en la vía judicial, á fin de suspender el pago de la renta, hallándose en uno de los casos de fuerza mayor previsto por la ley; y á solicitud de la misma parte demandante su puso un testimonio, del que aparece que en 25 de Febrero de 1874, B. Irazusta, L. Durás y Compañía presentaron al Juez de primera instancia de Tolosa, exponiendo que el arriendo de la fábrica de papel La Confianza finalizaba en 31 de Agosto de aquel año: que la escritura de arriendo, entre otras condiciones, contenía la de que si los arrendatarios al terminar el arriendo no quisieren continuar darían aviso con anticipación de seis meses: que en consecuencia, como no trataban dichos arrendatarios de continuar en el arriendo y estaban en el caso de cumplir con la citada condición, como lo habían hecho ya con el copropietario D. Blas Irazusta; pero en la imposibilidad de hacer lo propio con la otra copropietaria Doña Epifanía Irazusta, cuyo paradero ignoraban, pidieron se hiciera saber á ésta la indicada determinación por medio de los oportunos edictos; habiéndose cedido por el Juez á dicha pretensión, se publicaron los edictos en el *Boletín oficial* de la provincia de 2 de Marzo y en la *Gaceta de Madrid* de 12 del mismo mes, llamando por término de 15 días á la Doña Epifania para hacerla la notificación, y no habiendo comparecido se publicaron segundos edictos en el *Boletín oficial* de 20 de Abril y en la *Gaceta de Madrid* el 24 del propio mes:

Resultando que unidas las pruebas el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpuso apelación Doña Epifania Irazusta, y sustanciada la alzada, la Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona, por sentencia de 18 de Octubre de 1882, confirmatoria en parte de la del Juez, declaró que la Sociedad demandante no podía hacer entrega á Doña Epifania Irazusta de la suma correspondiente al mes de Agosto de 1873 en el concepto y según se solicita en la demanda, y absolvió en demás de ésta á dicha Doña Epifania y á los demandantes de la reconvención contra los mismos propuesta, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que por parte de D. Luis Durás y Compañía se interpuso recurso de casación contra la sentencia en el extremo en que revoca la del Juez de primera instancia, citando como infringidas:

1° La ley 11, tít. 33, Partida 7ª, y la 23, tít. 8°, Partida 5ª, que definen, la primera el caso fortuito, y la segunda dispone que el caso fortuito únicamente se prestó cuando así se ha estipulado en el contrato, por cuanto á pesar de que en el caso de autos resulta probado que el caso fortuito ha existido y que no se estipuló lo prestase el arrendatorio, se condena sin embargo á los recurrentes á que paguen las rentas de los meses en que no pudieron usar de la cosa ni ésta les produjo nada:

2° La ley 22, tít. 8°, Partida 5ª, porque en ella se determina la circunstancia en que la fuerza mayor se considerará en el arrendamiento como causa suficiente para excusar del pago de la renta y sin que haya necesidad de que se analice los innumerables casos que se citan, bastando levantar acta de que se estime como uno de ellos la fuerza de enemigos ó asonada de otros omes, pues está demostrado que ha existido en el caso de autos, siendo un hecho que no necesita demostración que el territorio en que estaba enclavada la fabrica fué de los primeros que cayeron en poder de los facciosos, no pudiéndose llenar el objeto principal del contrato deben cesar simultáneamente todos sus otros efectos:

3° La ley 11, tít. 10 de la Partida 7ª, porque de autos resulta probado, y así lo reconoce la Sala sentenciadora, que Doña Epifania Irazusta fué á la fábrica y expulsó al encargado que dejaron los recurrentes cuando tuvieron que abandonarla D. Luis Durás y Compañía, manifestando que ella sola era la que allí mandaba, llevándose el manómetro y dos carretadas de alpargatas pertenecientes á la Sociedad, y ejecutando otros actos que envolvían el desconocimiento de los derechos que tenía el recurrente, derivados del contrato de arrendamiento, y es por tanto notoria la infracción de dicha ley al no condenar la sentencia á Doña Epifania Irazusta á que abone á los recurrentes los daños y perjuicios que se les ocasionaron:

4° La ley 4ª, tít. 14, Partida 5ª en relación con la 119, tít. 18, Partida 3ª, y el art. 290 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, y la doctrina de este Tribunal Supremo sentada en numerosas sentencias, entre otras las de 11 de Diciembre de 1857, 6 de Diciembre de 1858, 2 de Octubre de 1861, 14 de Setiembre de 1864 y 12 de Mayo de 1875, en las que se establece que los pagos hechos al curador son legítimos y valederos, y que el Tribunal no tiene que sujetarse al dictamen de los peritos, esta infracción consiste en que á pesar de lo terminante de estas leyes, la Sala sentenciadora no estima como válidos los pagos hechos al curador de la menor Doña Mercedes Irazusta, y además consigna la errónea doctrina de que no estima el dictamen pericial de D. Florencio Gurruchaga porque no fué firmado por el perito, dando lugar á entender que si tal formalidad se hubiese cumplido era forzoso sujetarse á tal dictamen:

Resultando que por parte de Doña Epifania Irazusta se interpuso también recurso de casación en el extremo en que la sentencia absuelve á la Sociedad L. Durás y Compañía de la reconvención propuesta por Doña Epifania Irazusta por haberse en su concepto infringido:

1° La ley del contrato, y la 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, en el concepto de que habiéndose obligado expresamente las partes contratantes á que el arrendamiento continuara en la misma forma y condiciones pactada, si no se daba aviso de lo contrario con seis meses de anticipación, se absuelve á los arrendatarios de la obli-

gación de seguir pagando arrendamientos cuando tal aviso no llegó á ser un hecho cierto y probado, no se hizo la material entrega de la cosa arrendada, ni su reconocimiento y tasación por peritos de las mejoras ó desperfectos, circunstancias pactadas para la conclusión del contrato:

2° El art. 1° de la ley de 9 de Abril de 1842, que faculta á los dueños de casas y otros edificios para arrendarlos, estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les pareciesen convenientes, los cuales serán *cumplidos y observados á la letra*; de cuya terminante doctrina legal contiene violación el fallo de la Audiencia de Pamplona en la parte recurrida, en el concepto de que desestima el pago de los arrendamientos pactados como si el arrendamiento hubiese terminado en Setiembre de 1874, siendo así que no se han cumplido por los contratantes ni en su espíritu ni en su letra las condiciones y formalidades estipuladas para la conclusión del contrato:

3° La ley 4ª, tít. 8°, Partida 5ª, que impone al arrendatario la obligación de pagar renta estipulada, de cuya doctrina legal se prescinde igualmente por la sentencia en el extremo recurrido, absolviendo á la Sociedad L. Durás y Compañía de la reclamación que por el recurrente se le reconvino en concepto de alquileres debidos y no satisfechos:

4° El art. 8° de la ley de 14 de Marzo de 1856, que impone la obligación á los deudores morosos de pagar intereses, en el concepto de que reteniendo indebidamente el demandante los alquileres que debió pagar por meses, conforme á lo estipulado y constituído por esta razón en mora, la sentencia le absuelve de la reclamación relativa á este extremo que por el recurrente se hizo en la reconvención:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma.

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes de Partida que se invocan en los dos primeros motivos de casación alegados á nombre de D. Luis Durás y Compañía, puesto que el hecho fundamental en que se apoyá esta parte del recurso se refiere al caso fortuito de haber invadido las fuerzas carlistas las cercanías de Tolosa penetrando en la fábrica La Confianza donde cometieron excesos y atropellos que obligaron á los recurrentes á abandonar el establecimiento, privándose de los productos de su industria, cuyo acto de fuerza mayor no estima suficientemente probado la Sala sentenciadora, sin que contra esta apreciación se haya alegado error de hecho ni de derecho en la forma que determina el caso 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que tampoco infringe el fallo recurrido la ley 11, título 10 de la Partida 7ª, citada en el tercer motivo, pues para ello era necesario que resultase acreditado que la dueña ó partícipe en el dominio de dicha fábrica hubiese privado de su disfrute á la Sociedad arrendataria, lo cual según expresión terminante del Tribunal sentenciador no consta lo ejecutara la Doña Epifania Irazusta por sí ni por interpuesta persona, careciendo por tanto los demandantes de derecho para pedir el resarcimiento de daños y perjuicios en el expresado concepto:

Considerando que es inoportuna la cita de las leyes de Partida de que se hace mérito en el cuarto motivo con relación al pago de algunas rentas á D. Martín Barriola, porque en la sentencia impugnada no se pone en duda que éste fuera curador de Doña Mercedes Irazusta ni que bajo este carácter estuviera autorizado para percibir cantidades pertenecientes á dicha menor, sino que refiriéndose á la realización del pago

de aquellas rentas, se conceptúa improbado este hecho por no haber reconocido el Barriola las firmas de los documentos presentados para justificar dicho abono y no hallarse autorizada con la del perito calígrafo D. Florencio Gurruchaga la declaración prestada ante el Juzgado, acerca de lo cual no puede estimarse la infracción que se alega del artículo 290 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, á que ha sustituído el 632 de la vigente á la fecha en que se dictó la sentencia, porque esta disposición si en algo se relaciona con el hecho concreto de que se trata es para corroborar el criterio de la Sala sentenciadora por la amplitud de facultades que concede á los Jueces y Tribunales en apreciación de la prueba pericial:

Considerando respecto del recurso interpuesto por parte de Doña Epifania Irazusta que la sentencia recurrida no infringe la ley del contrato ni los textos y doctrinas legales que se invocan en los cuatro motivos de casación alegados, porque todos parten del supuesto de que la casa de Luis Durás y Compañía no manifestó á dicha arrendadora su propósito de cesar el arrendamiento de la fábrica La Confianza al terminar el contrato, dando el aviso estipulado con seis meses de anticipación, lo cual no es exacto si se atiende á que según consta de actuaciones judiciales la Sociedad demandante solicitó y obtuvo en Febrero de 1874 que por edictos insertos en periódicos oficiales se pusiera en conocimiento de la Doña Epifania la cesación en el arriendo para 1° de Setiembre del mismo año, á cuyo medio de publicidad se hubo de recurrir por ignorarse el domicilio de dicha interesada, reuniendo por consiguiente esta diligencia las condiciones legales para el objeto á que se dirigía, sin que obste á ello la consideración alegada por el recurrente de no haberse dado por notificada, pues si esta razón fuera valedera, quedería á la voluntad de una de las partes la eficacia de las notificaciones hechas en esta forma para los casos en que son procedentes, lo que no puede admitirse en manera alguna;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á ninguno de los dos recursos de casación por infracción de ley, interpuestos por D. Luis Durás y Compañía y por Doña Epifania Irazusta, á quienes condenamos en las costas de sus respectivos recursos: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Pamplona con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 19 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 1° de Setiembre del mismo año.)

128

Recurso de casación (19 *de Abril de* 1883).—*Sala primera.*—REIVINDICACIÓN DE UNA TIERRA.—No ha lugar al interpuesto por Don Francisco Pedrosa con D. Antonio Montero (Audiencia de Granada), y se resuelve:

1° *Que en el contrato de compraventa pasa al comprador el señorío de la cosa vendida cuando hubiere tomado plazo para pagar su precio*;

Y 2° Que á la Sala sentenciadora corresponde apreciar la buena ó mala fe con que procedan los litigantes; y por ello al condenar en las costas al demandante no infringe la ley 8ª, *tít.* 22, *Partida* 3ª.

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Abril de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Motril y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Francisco Pedrosa Díaz, como marido de Doña Ana Medina Illescas, vecinos de Vélez Benandalla, con

D. Antonio Montero Padial, de la misma vecindad, sobre reivindicación de una suerte de tierra; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Luis Miller y Badello y el Procurador D. Julián Marinero Ginés en defensa y representación del demandante, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que los consortes D. Francisco Pedrosa Díaz y Doña Ana Medina Illescas vendieron por escritura pública de 4 de Abril de 1876 á D. Manuel de Puerta Arráez un trance de tierra con frutales, de dos obradas y media de sembradura, en el pago del Minchar, que había correspondido á la vendedora Doña Ana por herencia de sus padres, cuya venta verificaron por precio de 1.100 rs., que se obligó á satisfacer el comprador con 800 en todo el mes de Diciembre de aquel año, y 300 en el próximo mes de Agosto, hipotecando á su cumplimiento la misma finca adquirida, de cuya escritura se tomó razón en la antigua Contaduría de Hipotecas en 29 del mismo mes del otorgamiento:

Resultando que sacada dicha finca á pública subasta en la testamentaría de D. Manuel de Puerta Arráez, fué adjudicada á D. Antonio Montero Padial por la cantidad de 658 pesetas 50 céntimos, y se otorgó á su favor por el Juez de primera instancia de Motril escritura pública de venta con fecha 14 de Marzo de 1876, en la que se hizo constar, al referir los antecedentes de la finca que se vendía, que se tenía á la vista la escritura de 4 de Abril de 1856:

Resultando que en el mes de Febrero de 1878 dedujo D. Francisco Pedrosa y Díaz, en representación de su citada mujer, demanda civil ordinaria contra D. Antonio Montero Padial, con la solicitud de que le restituyera la finca susodicha con los frutos producidos y debidos producir, fundado en que la escritura de 4 de Abril de 1856, por la que vendieron los demandantes dicha finca á D. Manuel de Puerta, se consignó como condición expresa que si el comprador no pagaba por cuenta del precio de la finca, 12.000 rs., á D. Manuel Díaz y á D. Antonio Illescas, á quienes los debía el demandante, quedaría sin efecto la venta, y en que no habiéndose cumplido esta condición volvió la finca al dominio de Doña Ana Medina, no obstante lo cual habia sido incluída después indebidamente en el inventario de los bienes quedados por fallecimiento de D. Manuel de Puerta:

Resultando que el demandado D. Antonio Montero negó al contestar la demanda que en la escritura de 4 de Abril de 1856 se consignara la obligación de que el comprador satisficiese cantidad alguna á Don Manuel Díaz y á D. Antonio Illescas ni condición rescisoria de ninguna clase, y afirmó que había venido poseyendo quieta y pacíficamente la finca que se le demandaba desde que la adquirió en la testamentaría de Puerta:

Resultando que por ambas partes se practicaron diferentes pruebas, y sustanciado el pleito en dos instancias, dictó sentencia confirmatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada en 6 de Junio próximo pasado, absolviendo á D. Antonio Montero Padial de la demanda contra él interpuesta por D. Francisco Pedrosa Díaz, como marido de Doña Ana Medina Illescas, y declarando no haber lugar á la información de causa pedida por el demandante en su alegado de bien probado:

Resultando que contra esta sentencia se ha interpuesto por Don Francisco Pedrosa Díaz, en representación de su mujer Doña Ana Medina Illescas, recurso de casación por considerar infringidos:

1º La ley 46, tít. 28 de la Partida 3ª, en virtud de la cual la venta no se consuma sin la entrega del precio, porque de la escritura de 1856 resulta que D. Manuel Puerta compró la finca litigiosa á Doña Ana Medina Illescas sin entregarle el precio, y no ha llegado á justificarse que lo pagase con posterioridad:

2º El art. 33 de la ley Hipotecaria, que declara que la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes, porque siendo nula la escritura de 4 de Abril de 1856 por la razón antes indicada, lo es también al efecto de constituir título de dominio la de 14 de Marzo de 1876, sin que pueda aplicarse al comprador Montero Padial en esta última la excepción del art. 34 de dicha ley, porque lejos de ser un tercero ignorante de aquel vicio de nulidad, compró con examen de aquella primera escritura;

Y 3º La ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª, porque se ha condenado á los recurrentes al pago de todas las costas del pleito á pesar de que las pruebas practicadas por ellos rechazan la idea de toda temeridad:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que en el contrato de compraventa pasa al comprador el señorío de la cosa vendida cuando hubiere tomado plazo para pagar su precio:

Considerando que vendida á plazos la tierra en cuestión, según escritura de 4 de Abril de 1856, y no bajo la condición resolutoria que se supone en la demanda, pasó el dominio de ella al comprador D. Manuel de Puerta Arráez, quedando éste obligado á satisfacer su precio, razón por la que la sentencia recurrida al absolver de la demanda no infringe la ley 46, tít. 28 de la Partida 3ª, ni el art. 33 de la ley Hipotecaria que se citan en los dos primeros motivos del recurso:

Considerando que á la Sala sentenciadora corresponde apreciar la buena ó mala fe con que procedan los litigantes, y por ello al condenar en las costas al demandante no ha infringido la ley que se invoca en el tercer motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Pedrosa Díaz, como marido de Doña Ana Medina Illescas, á quien condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna al de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada en 19 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 1º de Setiembre del mismo año.)

129

Recurso de casación (20 *de Abril de* 1883.)—*Sala primera.*—DECLARACIÓN DE HEREDERO ABINTESTATO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Josefa y Doña Angela Zabarte con Doña Francisca París (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1º *Que el fallecimiento del testador es la época á que debe estarse para el cumplimiento de su voluntad:*

2º *Que la disposición de la ley* 5ª, *tít.* 33, *Partida* 7ª, *según la cual «si el testador usase en sus fablas de palabras generales que pudiesen tomar entendimiento de ellas á muchas cosas, entonces debemos entender que su voluntad fué de dar aquella cosa que menos vale,» no tiene*

aplicación al caso en que el legado de que se trata no se refiere á cosas de las cuales pueda haber distintas especies con diferente valor, que es caso de la ley;

Y 3° Que si el testador legó á su esposa la casa en que habitaba con todas sus existencias y pertenencias, no infringe dicha ley, en el concepto que las palabras del testador deben entenderse llanamente y como ellas suenan, la sentencia que declara comprendidos en dicho legado los fondos que el testador tenía en cuenta corriente en la sucursal del Banco de España de la ciudad donde habitaba, pues no se aparta del entendimiento ó sentido natural de las palabras con todas sus existencias y pertenencias, *empleadas por el mismo testador, no porque en la casa de su habitación existieran á su fallecimiento los resguardos de dichos fondos, sino por la índole especial de esa clase de cuentas corrientes, en cuya virtud el Banco se constituye en cajero del particular, el cual dispone de los fondos como si obraran en su poder; y como además el testador nada ordena expresamente que se oponga á dicha inteligencia, debe estarse á la apreciación que sobre este punto haga la Sala sentenciadora, puesto que con ella no se infringe ley alguna.*

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Abril de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de la Coruña y en la Sala de lo civil de la Audiencia del mismo distrito por Doña Francisca París Mallo, por sí y como madre de la menor Doña Dolores Blanco de Obregón y París, y Doña Mercedes Blanco de Obregón y París, vecina de dicha ciudad, con Doña Josefa y Doña Angela Zabarte, vecinas de Vigo, ésta por sí y además representando á sus sobrinos D. José, D. Angel y Doña Mercedes Zabarte, sobre que se declaren comprendidos en un legado ciertos valores y sobre declaración de herederos abintestato; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nonbre de Doña Josefa y Doña Angela Zabarte por el Procurador D. Juan Antonio Asensio, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos, habiendo representado y defendido á la Doña Francisca París el Procurador D. Francisco Egea y el Licenciado D. Tomás María Mosquera:

Resultando que en 17 de Abril de 1881 falleció D. Cándido Zabarte y García, bajo el testamento cerrado que tenía otorgado en 1° de Febrero de 1880, que fué abierto con las solemnidades de derecho, en el que declaró que estaba casado con Doña Francisca París Mallo, de la que no tenía sucesión; y por una de sus cláusulas, dijo: «lego y dono á mi citada esposa Doña Francisca París las dos casas del Cantón de Lacy, números 15 y 16, la primera que yo habito, con todas sus existencias y pertenencias, para que las disfrute mientras viva, y á su fallecimiento pasarán á sus dos hijas Doña Mercedes y Doña Dolores Blanco de Obregón y París; debiendo advertir que dichas dos casas las compré á D. Marcial Adalid con la condición de pagar los 10.000 duros en que las hipotecó por el término de dos años, y pagando por semestres anticipados los intereses de 6 por 100 que cumplirán el 17 del corriente, y la cantidad de los 10.000 duros, qne es el principal de la hipoteca, lo pagará el D. Fernando Carreras por tener en su poder dicha suma, con lo cual quedarán libres las dos citadas casas,» y declaró que además de la suma expresada le debía el citado Carreras la de 35.000 pesos, á que alcanza el principal é intereses liquidados hasta el mes de Mayo de 1879 de 5 por 100, é hizo otros varios legados, pero sin instituir heredero:

Resultando que fallecido el D. Cándido Zabarte y García, su viuda Doña Francisca París y Daña Mercedes Blanco de Obregón en 15 de Junio de 1881 procedieron á hacer inventario ante un Notario y testigos, del metálico, valores, alhajas, ropas, muebles y efectos existentes dentro de la casa núm. 15 del Cantón de Lacy en la ciudad de la Coruña, que habitó en sus días el D. Cándido con su esposa, consignándose por primera partida 1.000 pesetas: 600 en efectivo y el resto en papel; un libro talonario de la sucursal del Banco de España; seis resguardos de dicha sucursal de depósitos en dinero en cuenta corriente, por valor de 165.347 pesetas 22 céntimos, las alhajas, ropas, muebles, efectos y escrituras de compra á favor de Zabarte de las casas números 15 y 16 del Cantón de Lacy:

Resultando que en 1° de Abril de 1881, Doña Francisca París, por su derecho y como madre de Doña Mercedes, y Doña Dolores Blanco, dedujo demanda exponiendo, después de relacionar el testamento de D. Cándido, que en razón del usufructo de que se ha hecho mérito, dispusieron los demandantes formalizar un inventario de las existencias y pertenencias de la casa mortuoria, lo que llevaron á efecto en 15 de Junio de 1881 ante el Notario D. Jose Asencio Centeno, comprendiendo en el mismo todos los inmuebles, dinero, valores y efectos que se relacionaban con el expresado usufructo: que como se observa del referido inventario, los valores de que se ha hecho mérito consistían en documentos talonarios que acreditan las entregas de varias cantidades que en dinero y valores hizo el finado en cuenta corriente en la sucursal del Banco de España de la ciudad de la Coruña y en un libro talonario de libramientos ó cheques, para disponer á su voluntad de los fondos allí entregados en dicho concepto; y después de alegar los fundamentos de derecho, pidió que previo emplazamiento de Doña Josefa y Doña Angela Zabarte García se declarase en definitiva que los bienes, dinero, valores y efectos comprendidos en el inventario como existencias y pertenencias que había en la casa habitación del testador, pertenecían á Doña Francisca París y Mallo y á sus hijas Doña Mercedes y Doña Dolores Blanco de Obregón; mandando en su virtud que la cuenta corriente en dicha sucursal con el finado D. Cándido Zabarte García se entienda en lo sucesivo con las demandantes, trasladando dichos fondos á la cuenta corriente que al efecto se abra:

Resultando que conferido traslado á Doña Josefa y Doña Angela Zabarte García contestaron á la demandada, exponiendo que nada dijo D. Cándido Zabarte en su testamento de la aplicación ó destino que hubiera de darse á la cantidad de los 35.000 duros, que con otras partidas se hallaban depositados en la Sucursal del Banco da España en la Coruña; y por virtud de los fundamentos de derecho que alegaron, pidieron que se desestimase la demanda, absolviéndolas de ella y declarando que éstas, en unión de sus sobrinas Doña Mercedes, D. Angel y D. José Zabarte, eran herederos legítimos del finado D. Cándido Zabarte y García, condenando á los demandantes á que les hagan entrega de todo lo que no fué distribuído por el testador entre sus legatarios, y especialmente de los resguardos inventariados por valor de 193.020 pesetas con los inteteses vencidos, estableciendo sobre ello la oportuna reconvención, y por otrosí interesó también se uniesen en cuerda floja las diligencias incoadas á instancia de las demandadas para que se les declarase herederas de su hermano el D. Cándido Zabarte, toda vez no había términos hábiles para seguir sustanciándose simultáneamente unos y otros autos; cuyo particular fué estimado:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes en sus respectivas pretensiones, y además las demandantes pidieron se desestimase la reconvención: que recibido el pleito á prueba y practicadas las propuestas por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpusieron apelación las demandadas; y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por sentencia de 20 de Junio de 1882, confirmatoria en parte de la del Juez, declaró que los bienes, dinero, valores y efectos comprendidos en el inventario de 15 de Junio de 1881 pertenecen á Doña Francisca París y sus hijas Doña Mercedes y Doña Dolores Blanco de Obregón, y en su virtud mandó que la cuenta corriente de la Sucursal del Banco de España con el finado D. Cándido de Zabarte se entienda con aquélla, trasladando el saldo á la cuenta corriente que entonces se abra, y estimando en parte la reconvención, declaró que las demandadas Doña Josefa y Doña Angela Zabarte, en unión de sus sobrinos Doña Mercedes, D. Angel y D. José Zabarte y Lonzarte, son herederos legítimos del finado D. Cándido; les reservó su derecho para reclamar de cualquiera que los detente todos aquellos bienes de que el testador no haya dispuesto; y que no había lugar á condenar á los demandantes á la entrega de los resguardos de las 193.020 pesetas, respecto de cuyo extremo las absolvía de la reconvención, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que por parte de Doña Josefa y Doña Angela Zabarte García se interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1º Que la cuestión debatida en el pleito ha tenido por objeto fijar el sentido en que deben atenderse las frases empleadas por el testador al decir que legaban y donaban á su esposa Doña Francisca París y Mallo las dos casas del Cantón de Lacy, números 15 y 16, la primera que él habitaba, con todas sus *existencias* y *pertenencias*, para que las disfrute mientras viva, etc.: que el mismo testador dijo en otra cláusula que tenía en poder de D. Fernando Carreras, de Vigo, 45.000 duros, de los cuales 10.000 el mismo Carreras había de invertir en el pago de un crédito hipotecario que gravaba á las casas legadas; disposición que demuestra que al otorgar testamento D. Cándido Zabarte no tenía la intención de que se comprendiese en el legado que hacía á su esposa los 45.000 duros que entonces tenía en poder del Carreras, y que después según manifestaron los demandantes trasladó á la sucursal del Banco de España; y como en la sentencia las sobredichas palabras «existen cias y pertenencias,» empleadas por el testador para expresar las cosas que legaba se entendieron en más ancho sentido, que no concierta con la intención que otras cláusulas revelan que tenía el testador, se ha infringido la doctrina legal sancionada repetidas veces en sentencias de este Tribunal Supremo, entre otra en la de 5 de Julio de 1871, según la que para la recta interpretación de una cláusula testamentaria que por su redacción ofrezca alguna duda, no han de apreciarse aisladamente sus diferentes disposiciones, sino compararse entre sí y con relación á sus antecedentes para fijar cuál fuese la voluntad del testador:

2º Que es regla de interpretación legal entender las palabras empleadas por el testador en el sentido menos gravoso para el heredero, regla que se establece en la ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, en la parte que se dice: «é si por aventura el testador usase en sus fablas de palabras generales que pudiesen tomar entedimiento de ellas á muchas cosas, entonce debemos entender que su voluntad fué de dar aquella cosa que menos vale,» y esta ley ha sido infringida en la sentencia por haber entendido

las mencionadas palabras *existencias* y *pertenencias* en el sentido más amplio y gravoso para el heredero:

3º Que en la sentencia se incurre en gravísimo error confundiendo la cosa con su título; porque éste se halle entre los papeles y en la casa habitación del testador, no cabe decir con propiedad y además según el lenguaje de la ciencia del derecho que se hallase la cosa misma: que en la sentencia se entendieron las palabras *existencias* y *pertenencias* en un sentido simbólico con relación á los fondos que tenía el testador en la sucursal del Banco de España; y se ha infringido la ley citada en el motivo anterior, si bien en su primera parte, en la cual se dice: «las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente asi como ellas suenan, é non se debe el Juzgado partir del entendimiento dellas:»

4º Que si por lo dicho no debió declararse comprendida en el legado la cantidad de que se trata, debió considerarse como herencia intestada, puesto que Zabarte en su testamento no instituyó heredero, y mandar en su consecuencia entregarla á los recurrentes que por reconvención la reclamaron en concepto de herederos legítimos de dichos años y por tales reconocidos y declarados en la sentencia; y por no haberse hecho así se ha infringido la ley 5ª, tít. 13, Partida 6ª, y la 2ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, que llama á la sucesión intestada á los hermanos y sobrinos del difunto en defecto de descendientes y ascendientes:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Manresa:

Considerando que la sentencia no infringe la regla de interpretación de los testamentos, que como doctrina legal se cita en el primer motivo del recurso, porque ni de la cláusula del testamento de D. Cándido Zabarte, en que hizo la declaración de que D. Fernando Carreras le debía 35.000 pesos además de los 10.000, con los que había de pagar un crédito hipotecario á que estaban afectas las dos casas que legó á su esposa, ni de ninguna otra puede deducirse racionalmente que el testador tuviera la intención de no comprender aquella suma en el legado que á ésta hizo de la casa en que él habitaba, con todas sus existencias y *pertenencias*, aparte de que al fallecimiento del testador, á cuya época debe estarse para dar cumplimiento á su voluntad, no existía dicha cantidad en poder de Carreras, sino en el del mismo testador, el cual la trasladó en cuenta corriente á la sucursal del Banco de España:

Considerando que la disposición de la ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, citada en el segundo motivo, según la cual «si el testador usase en sus fablas de palabras generales que pudiesen tomar entendimiento de ellas á muchas cosas, entonces debemos entender que su voluntad fué de dar aquella cosa que menos vale» no tiene aplicación al caso de este pleito, porque el legado de que se trata no se refiere á cosas de las cuales pueda haber distintas especies con diferente valor, que es el caso de la ley:

Considerando que la sentencia recurrida tampoco infringe dicha ley en el concepto alegado en el tercer motivo con relación á su precepto de que las palabras del testador deben ser entendidas llanamente así como ellas suenan, pues al declarar comprendidos en el legado de que se trata los fondos que el testador tenía en cuenta corriente en la sucursal del Banco de España de la Coruña, donde habitaba, no se aparta del entendimiento ó sentido natural de las palabras *con todas sus existencias y pertenencias*, empleadas por el mismo testador, no porque en la casa de su habitación existieran á su fallecimiento los resguardos de di-

chos fondos, sino por la índole especial de esa clase de cuentas corrientes, en cuya virtud el Banco se constituye en cajero del particular, el cual dispone de los fondos como si obraran en su poder; y como además el testador nada ordena expresamente que se oponga á dicha inteligencia, debe estarse á la apreciación que sobre este punto hace la Sala sentenciadora, puesto que con ella no se infringe ley alguna:

Considerando que es improcedente el cuarto y último motivo, porque se hace supuesto de la cuestión y porque lejos de infringir la sentencia las leyes que en él se citan relativas á la sucesión intestada de los colaterales, se ajusta á sus disposiciones al declarar á las recurrentes herederas abintestato de su hermana respecto de los bienes de que éste no hubiera dispuesto;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Josefa y Doña Angela Zabarte García, á quienes condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Coruña con devolución del apuntamiento y documentos remitidos por la misma.—(Sentencia publicada en 20 de Abril de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 1° de Setiembre del mismo año).

FIN DEL TOMO CINCUENTA Y UNO

INDICE

DE LAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO,

en recursos de nulidad, casacion civil é injusticia notoria y en materia de competencias correspondientes al tercer trimestre de 1883

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

FIN DEL ÍNDICE CRONÓLOGICO

REPERTORIO ALFABÉTICO

DE LAS

CUESTIONES Y PUNTOS DE DERECHO

RESUELTOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SENTENCIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO (1).

A

PÁGINAS.

---

(1) Explicacion de las abreviaturas de este Repertorio.—*V.*, quiere decir *Véase*; *Comp*, sentencia dictada en decision sobre *competencia*; *C.*, en recurso de *casacion*; *C. de H.* en recurso de *casacion* en materia de la jurisdiccion *de Hacienda*; *C. de U.*, en recurso de *casacion* en asunto *de Ultramar*; *Nul.*, en recurso de *nulidad*; *Nul. de I.*, en recurso de *nulidad* en materia *de imprenta*; *Apel. en C.*, sentencia dictada en *apelacion por denegarse la admision del recurso de casacion*; *Apel. en Nul.*, en *apelacion* por no admitirse el recurso *de nulidad*; *Inj. not.*, sentencia en *recurso de injusticia notoria*; *Cuest. p. en C.*, *cuestion prévia* sobre admision del recurso de *casacion*.—A continuacion de la cuestion ó punto de derecho que se resuelve, se ponen el número que la sentencia lleva en el tomo, la fecha de la resolucion y la página donde se encuentra.

PÁGINAS.

pruebas si no se cita contra ella ley ni doctrina legal infringida, como es necesario para demostrar el error de derecho; y el error de hecho no puede comprobarse con las mismas pruebas, que han sido apreciadas, sino con documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador como ordena la ley (*C.*, núm. 62.—24 de Febrero de 1883)....... 223

—— Se cita inoportunamente el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, si sobre no citarse las reglas de sana crítica que se suponen infringidas, aparece que la Sala sentenciadora ha apreciado las pruebas en uso de sus facultades, sin que se haya demostrado por el recurrente que en dicha apreciación se haya infringido ley ó doctrina legal (*C. de U.*, número 69.—28 de Febrero de 1883)........................ 249

—— El art. 632 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil concede amplitud de facultades á los Jueces y Tribunales en la apreciación de la prueba pericial (*C.*, núm. 127.—19 de Abril de 1883).. 449

—— V. *Casación*, *Contrato*, *Declaración singular*, *Defensa por pobre*, *Documento*, *Fuerza mayor* y *Recurso de Casación*.

Apuntamiento —V. *Apreciación de prueba*.

Arrendamiento.—La facultad concedida á unos arrendatarios para ceder en cada año alguna parte de los aprovechamientos de la dehesa arrendada no puede producir efecto alguno en perjuicio del arrendador al ocurrir el hecho que dió lugar al interdicto, si ya había espirado el plazo del arrendamiento, y con él la expresada facultad (*C.*, núm. 22.—22 de Enero de 1883).. 89

—— Es improcedente la cita como infringidos del art. 274 de la anterior ley de Enjuiciamiento civil y de la ley 18, tít. 16 de la Partida 3ª, porque además de referirse al juicio sumarísimo del interdicto, que no puede ser objeto del recurso, se dirigen á impugnar la apreciación de las pruebas, contra la cual no permite la ley el recurso de casación, sino en el caso 7º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, que no ha sido invocado por el recurrente; y debiendo estarse, por tanto á la apreciación de la Sala sentenciadora acerca de que el demandante no ha probado su acción, ni que tuviera el derecho que alega para aprovecharse de los pastos, la sentencia que por esta razón absuelve de la demanda no infringe las expresadas leyes (*C.*, núm. 22.—22 de Enero de 1883)........... 89

—— No habiéndose faltado á la condición del contrato de arriendo, no hay fundamento para la reclamacidn de perjuicios (*C.*, num. 27.—26 de Enero de 1883).................. 104

—— No tratándose de un tercero interesado en el contrato de arriendo, es inoportuna la cita del art. 2º de la ley Hipotecaria, lo mismo que las de los Códigos romanos, que no rigen en el territorio de la Audiencia de Oviedo (*C.*, núm. 27.—26 de Enero de 1883).. 104

—— Para ser aplicable la ley 11, tít. 10 de la Partida 7ª, es necesario que resulte acreditado que la dueña ó partícipe en

PÁGINAS.

de obligarse á aquellas corporaciones á pagar pensiones, aunque sean atrasadas que afectan á bienes que no les pertenecen, puesto que estos son los responsables, cualquiera que sea el poseedor (*C.*, núm. 7.—9 de Enero de 1883)......... 24

Concurso de acreedores.—V. *Crédito y Prenda.*

Condición.—La ley 12, tít. 11, Partida 5ª, y la doctrina del Tribunal Supremo según la que faltando la condición, no tiene ningún valor ni efecto el pacto que de ella depende no tienen aplicación si no resulta que fuese condicional el convenio de que se trata (*C.*, núm. 91.—16 de Marzo de 1883)...... 316

—— V. *Legado.*

Condueño.—V. *Retracto.*

Confesión judicial.—La ley 4ª, tít. 13, Partida 3ª, se refiere solamente á la conoscencia que es fecha en juicio, y es impertinente citarla como infringida si no se ha utilizado en el pleito como medio de prueba la confesión judicial (*C.*, número 17.—15 de Enero de 1883)...................................... 73

—— Estando confeso el demandante, recurrente, como lo está de los diversos créditos comprendidos en la reconvención, es inconducente de todo punto el afirmar que debe ser absuelto el que no confiesa, y que la *conoscencia* constitutiva de prueba ha de ser explícita y no limitada á un solo extremo de la demanda; por lo que la sentencia que lo condena al pago de lo pedido en la reconvención, no infringe la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual si el demandado no confiesa que debe lo que se le pide, la absolución de la demanda no infringe las leyes 2ª y 4ª, tít. 13 de la Partida 3ª, ni la doctrina sobre el valor en juicio de la conosceneia, y la que determina que la conoscencia, á que da la ley el valor de prueba perfecta y acabada, es la confesión judicial explícita y absoluta, y no aquella que se limita á un solo extremo de la demanda negando al propio tiempo la certeza de los demás que de una manera individual constituía la base esencial de la acción ó excepción deducida (*C.*, núm. 93.—17 de Marzo de 1883).... 329

—— V. *Dote.*

Congruencia.—No falta á la congruencia prevenida por la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, el fallo que accede sustancialmente á lo pedido por la parte actora, aunque sus palabras no sean idénticas á las empleadas en la demanda, ó declare la legitimidad del derecho controvertido con las modificaciones y restricciones que á este mismo derecho imponen las leyes (*C.*, número 30.—27 de Enero de 1883)................. 115

—— Es congruente con la demanda la sentencia si resuelve todas las cuestiones que han sido debatidas en el pleito, y por ello no infringe la ley 16, tít. 22 de la Partida 3ª (*C.*, número 99.—26 de Marzo de 1883)...................... 349

—— La sentencia es congruente con la demanda si resuelve de una manera concreta y determinada lo que en ella se pidió por el demandante (*C.*, núm. 111.—4 de Abril de 1883)..... 384

la que resulte para una parte el exclusivo provecho y el perjuicio para otra se refieren sólo á los contratos en que la voluntad de las partes resulte expresada en términos oscuros ó dudosos, en cuyo caso debe recurrirse á las reglas de interpretación para deducir la verdadera inteligencia de algunas de sus cláusulas (*C.*, núm. 43.—6 de Febrero de 1883). . . . 156

—— La apreciación de si un contrato fué ó no simulado, por referirse á un punto de hecho, corresponde á la Sala sentenciadora cuyo criterio en este punto es el que debe prevalecer, ínterin no se acredite con arreglo al art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm. 7° que al hacerse dicha apreciación se ha cometido error de hecho, resultante de documento ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente en que haya incurrido la sentencia (*C.*, núm. 59.—21 de Febrero de 1883).. 210

—— Si el recurrente, si bien ha intentado demostrar que el fallo reclamado estima erróneamente el hecho de la simulación del contrato de obras que ha dado lugar al litigio, no cita documento ni acto auténtico que por sí sólo y de un modo directo y concluyente patentice el supuesto error de hecho, puesto que se limita á analizar algunos elementos de prueba de los aducidos por las partes para fundar en ellos una apreciación distinta de la que ha hecho la Sala sentenciadora por el resultado de los mismos medios probatorios, esto no llena en manera alguna las condiciones exigidas en el artículo y números citados de la ley de Enjuiciamiento, y por consiguiente no puede destruir lo que establece la sentencia acerca de la simulación del referido contrato (*C.*, núm. 59.—21 de Febrero de 1883).. 210

—— Los contratos simulados no pueden producir efecto alguno legal, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (*C.*, núm. 59.—21 de Febrero de 1883)............. 210

—— Los contratos legítimamente establecidos deben entenderse según sus palabras, llanamente y como suenan cuando de su natural inteligencia no resultan obligaciones absurdas ó imposibles, y que cuando las partes no están conformes en su verdadero sentido, deben fijarlo los Tribunales, ateniéndose más especialmente al objeto ó fin que se propusieron los contratantes que á las palabras de que usaron para consignarlos, desechando aquéllas que no permitan que lo pactado tenga efecto é interpretando las dudosas contra el que las usó (*C.*, núm. 70.—28 de Febrero de 1883)........................ 252

—— Los contratos sólo son ley para los contratantes y los que de ellos traen causa (*C.*, núm. 88.—14 de Marzo de 1883). 304

—— Se cita inoportunamente y no ha podido infringirse la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, si la Sala sentenciadora no niega fuerza al contrato por razón de formas ó solemnidades que aquélla declaró innecesarias, sino porque entiende que fué un acto simulado con el fin de poner los bienes á cubierto de responsabilidad (*C.*, núm. 100.—26 de Marzo de 1883).. 354

—— Se cita inoportunamente y no ha podido infringirse la ley 1ª, tít. 1º, Libro 10 de la Novísima Recopilación, cuyo texto claro y repetidas veces expuesto por el Tribunal Supremo no es aplicable al caso en que, conformes las partes contratantes en elevar á escritura pública un convenio privado, lo rehusa más adelante una de ellas suponiendo que la otra no ha cumplido las obligaciones á que en el mismo se comprometió (C., núm. 122.—14 de Abril de 1883)........................ 433
—— Tampoco se infringe la ley 2ª del mismo título y libro, por la sentencia que manda elevar á escritura pública dicho convenio, si la Sala sentenciadora aprecia no estar probada la lesión alegada por el demandado sin que contra esa apreciación se haya alegado por el recurrente infracción de ninguna especie (C., núm. 122.—14 de Abril de 1883)............... 433
—— V. *Quiebra*.

Crédito.—No habiendo sido objeto del pleito la naturaleza del crédito reclamado, sino si ese crédito se había perjudicado por la tardanza de su presentación en el concurso, es inaplicable el art. 592 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba (*C. de U.*, núm. 14.—13 de Enero de 1883)..... 56
—— La sentencia que declara moroso á un acreedor no infringe la doctrina legal según la que no puede serlo el acreedor que no fué citado para la junta de reconocimiento de créditos, sin que deba perjudicarle el no hallarse su nombre en el estado de deudas, ni el art. 538 de la ley antes mencionada, porque apreciando las pruebas la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades, estima que el recurrente incurrió en las penas de la morosidad por haber reclamado un crédito después de las juntas de reconocimiento y graduación (*C. de U.*, núm. 14.—13 de Enero de 1883)........................ 57
—— V. *Compensación* y *Confesión judicial*.

Crédito refaccionario.—Si entre la demandada y demandante no existe vínculo alguno de derecho del cual pueda derivarse la acción real que establecen las leyes 26, 28 y 29, tít. 13, Partida 5ª, no tienen éstas aplicación, y por tanto no pueden decirse infringidas (*C.*, núm. 88.—14 de Marzo de 1883).. 304

Cuentas.—No justificando el hecho de donde dimanaría el derecho del recurrente á exigir unas cuentas en los términos que lo ha verificado y la obligación del recurrido á presentarlas; la sentencia, al absolver sobre este particular no infringe las leyes 47, párrafo cuarto Digesto *Procuratoribus*; la 25, título 5º, Partida 3ª; la doctrina legal derivada de la 20 y siguientes del tít. 12, Partida 5ª; y la regla 17, tít. 34, Partida 7ª (*C.*, núm. 61.—23 de Febrero de 1883)................ 260
—— No se infringe la ley 21, tít. 16, Partida 6ª, que impone á todo guardador de huérfanos luego que se acabe su oficio «la obligación de dar buena cuenta ó verdadera de todos los bienes del huérfano, también mueble como raíz,» por la sen-

PÁGINAS.

vado de lo suyo sin ser llamado y vencido en juicio. (*C.*, número 49.—10 de Febrero de 1883).. 184

—— V. *Acción reivindicatoria*, *Bienes comunales* y *Tercero*.

Donación.—Si según la apreciación de la Sala sentenciadora el actor no ha probado, cual le incumbía la ingratitud del donatario, ni que éste hubiera faltado al cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas, en cuya causa se funda aquél para pedir la revocación ó rescisión de las donaciones de que se trata; debiendo estarse á dicha apreciación, porque no ha sido impugnada en la forma legal antes indicada, la sentencia que en su virtud absuelve de la demanda, no infringe las leyes 3ª Digesto *de donationibus*: 1ª *de donationibus qu sub modo*, y 6ª y 16, tít. 4º, Partida 5ª, citadas bajo el supuesto inadmisible de ser ciertas las causas alegadas (*C.*, número 3.—5 de Enero de 1883).............................. 11

Donación intervivos.—Según la legislación vigente en Cataluña, las donaciones entre vivos y los heredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales son irrevocables si los contrayentes no se reservan la facultad de modificarlos, sin más limitaciones que la de que no perjudiquen las respectivas legítimas de los descendientes ó ascendientes; y por lo tanto, cualquier otro acto posterior sólo puede tener validez en lo que no no se oponga á lo establecido en aquellos contratos (*C.*, núm. 46.—8 de Febrero de 1883)...................... 169

Dote.—Según las leyes 7ª y 18, tít 11 de la Partida 4ª, y las demás por que se rige esta materia, aunque el marido no puede enajenar ni gravar la dote inestimada, puede disponer de los frutos de la misma durante el matrimonio para sostener las cargas de la sociedad conyugal (*C.*, núm. 17.—15 de Enero de 1883).. 72

—— Deben reputarse cargas de la sociedad conyugal, á cuyo pago están afectos los frutos de los bienes de la dote de la mujer, ya sea estimada ó inestimada, las deudas que contrae el marido durante el matrimonio, aunque lo verifique por sí sólo sin el consentimiento de su mujer, mientras no se pruebe que procedió con dolo ó que se invirtieron en cubrir obligaciones personales del mismo marido independientes de dicha sociedad (*C.*, núm. 17.—15 de Enero de 1883).......... 72

—— Resuelta la cuestión del pleito conforme á la doctrina legal espuesta anteriormente, la sentencia no infringe las leyes 7ª y 18, tít. 11, Partida 4ª, art. 188 de la ley Hipotecaria y jurisprudencia á su tenor establecida por el Tribunal Supremo, cuya cita es además improcedente, porque se hace en el concepto inexacto de haber gravado el marido los bienes de la dote inestimada á favor de una obligación personal del mismo, sin relación alguna con las cargas del matrimonio, cuando de la escritura resulta que tomó el préstamo para atender á necesidades de su casa y familia, sin que se haya

L

PÁGINAS.

por su parte se haya alegado motivo que demuestre que en dicha apreciación se ha cometido error de derecho ó de hecho en el concepto antes indicado (*C.*, núm. 80.—8 de Marzo de 1883).. 283

—— Es inaplicable y no ha podido ser infringida la ley 12, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, que prohibe fundar mayorazgos y perpetuar la enajenación de bienes raíces sin Real licéncia, si lejos de aceptar la sentencia recurrida el hecho de una vinculación perpetua, parte del supuesto de constituir la sustitución hecha por el testador un fideicomiso tal como es frecuente en Cataluña establecerlos, dando este sentido á la cláusula en conformidad con los actos de las personas de quienes deriva el derecho del recurrente (*C.*, número 113.—5 de Abril de 1883)............................. 396

Medios de subsistencia.—V. *Defensa por pobre.*

Menor.—Según las leyes 11, tít. 2°, Partida 3ª y 4ª, tít. 11, Partida 5ª, los menores de 25 años no pueden ser demandados en juicio ni contraer obligación alguna sin la concurrencia y otorgamiento de su guardador, no debiendo valer el juicio ni la obligación en que intervengan por sí solos, sino en aquello que sea á su pro ó pueda favorecerles (*C.*, núm. 11.—11 de Enero de 1883).. 40

—— Para la declaración de dicha nulidad no obsta el que no se presentara la demanda dentro de los ocho días que fija el art. 217 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, por la que se rigió el acto de que se trata, porque este artículo sólo se refiere á la nulidad de lo convenido, en el supuesto de ser válido el acto de conciliación, y no á los vicios que invalidan el mismo acto, dejándolo sin efecto legal; por lo cual y porque la referida disposición no puede estimarse como derogatoria de las leyes que determinan la capacidad de los otorgantes y los efectos civiles de los convenios celebrados por los menores de edad sin el otorgamiento de su guardador, no tiene aplicación al caso de este pleito (*C.*, núm. 11.—11 de Enero de 1883).. 40

Morosidad..—V. *Crédito.*

Mujer casada.—Según la antigua jurisprudencia, sancionada hoy por el art. 51 de la ley de Matrimonio civil de 1870, es válida la compra hecha por la mujer casada de cosas muebles, destinadas á su uso y consumo ordinario ó al de la familia, y debe pagarse su precio de los fondos de la sociedad conyugal, aunque no haya precedido licencia del marido, siempre que éste no lo hubiere prohibido expresamente (*C.*, número 62.—24 de Febrero de 1883)............................. 223

—— Si bien según las leyes 55 y 56 de Toro la mujer casada no puede contratar ni obligarse sin licencia de su marido, es doctrina legal, deducida de las mismas leyes, que es válida la obligación contraida por la mujer sin dicho requisito cuando

P

R

PÁGINAS.

PÁGINAS.

S

FIN DEL REPERTOPIO ALFABETICO.

